Die

Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel

nach

gemeinem und deutschem bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät zu Tübingen

vorgelegt von

Paul Goez,
Justizreferendär in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1902.

Die

Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel

nach

gemeinem und deutschem bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät zu Tübingen

vorgelegt von

Paul Goez,
Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547018_0080

Vorwort.

Soll uns die Fülle geistiger Arbeit, die in der gemeinrechtlichen Litteratur niedergelegt ist, für die Erfassung und Weiterbildung des neuen Rechts nicht verloren sein, so müssen uns die gemeinrechtlichen Rechtssätze und Rechtsanschauungen auch weiterhin gegenwärtig bleiben. Denn nur so sind wir in der Lage, richtig zu entscheiden, wieweit in jedem einzelnen Fall den von der gemeinrechtlichen Wissenschaft aufgestellten Lehren auch für das neue Recht Gültigkeit zukommt. Es ist deshalb als wünschenswert zu bezeichnen, wenn — soweit ein historischer Zusammenhang waltet — Darstellungen des geltenden Rechts auf gemeinrechtlicher Folie gegeben werden, eine Aufgabe, welche dadurch, dass der Ballast der Kontroversen des alten Rechts nunmehr grossenteils bei Seite gelassen werden darf, wesentlich erleichtert ist. In der vorliegenden Arbeit wird mit der Darstellung der Lehre von der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel ein Versuch in dieser Richtung gemacht.

Die Lehre hat mehrfach monographische Bearbeitung gefunden:

K. O. Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion, I. Teil, Halle 1851;

E. J. Bekker, Jahrbuch des gemeinen Rechts, Band VI, S. 229—336;

E. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht. Festschrift für K. Witte, Halle 1874;

Eine ausführliche Darstellung der Lehre ist in Bechmann, Der Kauf, Bd. I, 1876, Bd. II, 1884 gegeben.

Inaugural-Dissertationen von Schwamborn, Erlangen 1896, E. Petri, Strassburg 1899, P. Dollinger, Tübingen 1901.

Vorstehende Abhandlungen sind nur mit dem Namen ihrer Verfasser citiert.

Inhalt.

Seite

Vorwort.

Erster Abschnitt: Historischer Teil.

§§ 1—7. 1—26

§ 1. Einleitung 1

§ 2. 1. Die Gewährspflicht des Verkäufers beim Mancipationskauf . 2

§ 3. 2. Die Gewährspflicht des Verkäufers nach der Eviktionsstipulation 4

3. Die Entwicklung der Gewährspflicht des Verkäufers im gemeinen Recht und der Abschluss der Entwicklung im geltenden Recht.

§ 4. a) Überblick 10

§§ 5, 6, 7. b) Im einzelnen 15

Zweiter Abschnitt: Dogmatischer Teil.

§§ 8—25. 27—84

§ 8. Einleitung 27

I. Die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers.

§ 9. A. Die Voraussetzungen des Eintritts der Haftung 27

§ 10. a) Die Rechtsmängel, die die Haftung begründen . . . 28

§§ 11, 12, 13. 1. Beim Kauf von Sachen 29

§ 14. 2. Beim Kauf von Rechten 42

§ 15. 3. Beim Kauf von Sachgesamtheiten 46

§§ 16, 17, 18. b) Das Hervortreten der Rechtsmängel, das die Haftung begründet 48

§ 19. B. Die Voraussetzungen der Geltendmachung der Haftung (Beweis, Rolle der Streitverkündung) 58

II. Die Art und der Umfang der Haftung des Verkäufers.

§ 20. Übersicht 62

§ 21. Der Gewährleistungsanspruch des Käufers 63

§ 22. Das Retentions- und Rücktrittsrecht des Käufers 70

III. Der Ausschluss der Haftung des Verkäufers.

§§ 23, 24. 1. Kraft Gesetzes 72

§ 25. 2. Durch Beredung 83

I. Abschnitt.

Historischer Teil.

§ 1.

Einleitung.

Kauf ist die Hingabe einer Sache gegen ein Äquivalent in Geld. Aus dieser Definition ergeben sich die Hauptverpflichtungen beider Kontrahenten von selbst. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen, Sachübergabe einerseits, Preiszahlung andererseits, ist sinnfällig und stets leicht zu konstatieren. Weniger offenkundig, weil ideeller Natur, sind die rechtlichen Beziehungen, in die der Käufer infolge des Kaufkontrakts zur Sache tritt. Seine Absichten bei dem Vertrag können verschiedene sein. Er kann sich damit begnügen wollen, nur in das vom Verkäufer ehedem innegehabte Rechtsverhältnis zur Kaufssache zu treten, häufig aber wird es in seiner Absicht liegen, unbeschränkte Verfügungsgewalt über die Sache, also die Befugnisse eines Eigentümers derselben zu erlangen. Damit aber, dass die Bewirkung dieses Erfolges durch den Verkäufer nie zweifellos ist, ergiebt sich ein Bedürfnis der Sicherung des Käufers, bezüglich der Erreichung auch dieses Teils des Vertragszwecks. Diesem Bedürfnis wird genügt dadurch, dass eine den Verkäufer in dieser Richtung bindende Verpflichtung im Rechte begründet wird: „Gewährleistungspflicht“.*) Eine solche ist verschieden nach Art und Umfang denkbar und in verschiedenen Perioden der Rechtsgeschichte verschieden gewährt worden.

*) Das ist näher: Pflicht, Gewähr zu leisten für die Wirklichkeit und Dauerhaftigkeit dessen, was beim Kauf von den Parteien in rechtlicher und thatsächlicher Hinsicht (Sachmängel!) als empfangen vorausgesetzt wird.

§ 2.

I. Die Gewährspflicht des Verkäufers beim Mancipationskauf.

Hervorgegangen aus dem Tausch (l. 8 pr. D. 18, 1. § 2 J. 3, 24, vergl. Gajus III, 141) tritt uns der Kauf im römischen Recht in ursprünglicher Gestalt als die solenne mancipatio (XII tab. „mancipium") entgegen. Im Lauf der Entwicklung, auf dem Weg der Interpretation, wurde aus diesem Privatrechtsgeschäft durch das Mittel der mancipatio nummo uno die abstrakte Form für Eigentumsübertragungsakte überhaupt gewonnen. Schon diese Entwicklung beweist für eine Eigentumsverschaffungspflicht des Mancipanten. (Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht § 1 Anm. 1.) Thatsächlich stand auch dem Mancipationskäufer im Falle der Nichterfüllung dieser Verpflichtung durch den Mancipanten nach Zwölftafelrecht die sogen. actio auctoritatis „Gewährschaftsklage" zu. Hinsichtlich der näheren Voraussetzungen dieser Klage aber ist die Kontroverse in schönster Blüte. Hier ist nur darzustellen, welches Bild man sich auf Grund der Forschungen von dem Rechtsinstitut in diesem Stadium zu machen hat, insbesondere hinsichtlich der Begründung der Gewährspflicht, des Umfangs der Haftung und der Voraussetzungen ihres thatsächlichen Eintritts.

1. Die Begründung der Gewährleistungspflicht wird verschieden beschrieben, teils als direkte Folge des feierlichen Mancipationsgeschäfts (Huschke Nexum S. 171, K. O. Müller Eviktion S. 14 ff. vergl. Bechmann. Kauf I. S. 98 Anm. 1), teils als Gegenstand einer besonderen Zusage des Veräusserers (Eck a. a. O. S. 2 ff.). Nach der ersten Ansicht ist dem Mancipationsgeschäft ein in dem hingegebenen Kaufpreis bestehendes Nexum inhärent, das seine obligatorische Wirkung äussert und die Verhaftung des Verkäufers herbeiführt, sobald sich die Eigentumsübertragung als eine fruchtlose erweist (Müller S. 14, 15). Dagegen streitet Eck (a. a. O. S. 3—7) und sucht nachzuweisen, dass diese Gewährleistungspflicht vielmehr im Anschluss an die mancipatio „nuncupando" („uti lingua nuncupassit, ita jus esto") statuiert wurde.*)

*) a. M. Bechmann a. a. O. S. 97, der die Garantiepflicht aus dem Satze hanc rem meam esse herleiten will (a. a. O. S. 101).

Übrigens gleichen sich die Verschiedenheiten dieser Absichten praktisch wesentlich aus. Die Gewährleistungspflicht wird auf der einen Seite zwar nicht aus dem Vertrag direkt hergeleitet, ihre Übernahme durch nuncupatio aber als naturale der mancipatio zur Obliegenheit des Verkäufers gemacht (Eck S. 12, 13). Und auch nach der andern Ansicht ist die Verpflichtung speziell durch nuncupatio keineswegs ausgeschlossen (Müller S. 15 Anm. 11). Ihre Vornahme wird sogar als höchst zweckmässige Verstärkung der gesetzlichen Haftung betrachtet, die im Laufe der Entwicklung zur Regel wurde. (Müller S. 24, 25.)

2. Der Betrag, auf den sich die Haftung erstreckt, ist gesetzmässig auf das duplum des Kaufpreises als obere Grenze festgesetzt (Eck S. 9). Es ist damit dem auch anderwärts im römischen Recht auftauchenden Gedanken (s. u. § 2) Ausdruck gegeben, dass die Summe etwaiger Interesseforderungen die Hauptforderung nicht übersteigen darf. Die auctoritatis actio für die Regel nur auf das simplum und erst gegen den Leugnenden auf das duplum gehen zu lassen, wie dies wohl in Konsequenz seiner Ansicht und gestützt auf l. 60. D. h. t. Huschke behauptet (a. a. O. S. 188 ebenso im Prinzip Müller S. 23, vergl. aber S. 24 Anm. 25, 26), ist nicht angängig (Rüdorff, Zeitschr. f. g. R. W. 444 ff.). Einer Einschränkung der Haftung dagegen durch den Nuncupierenden stand nichts im Wege. Ihr vollständiger Ausschluss konnte auf dem Weg der mancipatio nummo uno erzielt werden (Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II. 371 ff. 377 ff.).

3. Die materiellen Voraussetzungen der Gewährschaftsklage endlich können beim Fehlen anderer Zeugnisse mit denen der actio aus der Eviktionsstipulation im wesentlichen identifiziert werden, sofern der Sprachgebrauch der Quellen beide Klagnamen unbedenklich miteinander tauscht (arg. l. 76 D. h. t.). Wenn darnach auch hier der Verkäufer erst wegen Eviktion haftet, obgleich er sich im Mancipationsgeschäft zur Eigentumsverschaffung anheischig gemacht hat, so erklärt sich dies vielleicht damit, dass die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit eben erst mit der prozessualen Entziehung der Kaufsache aus dem Besitz des Käufers rechtserheblich festgestellt erscheint.

§ 3.

Die Gewährspflicht des Verkäufers nach der Eviktionsstipulation.

Der Mancipationskauf mit der Tendenz publizistischer Aufsicht über das Geschäft beschränkt sich auf eine Klasse bevorzugter Sachen: „res mancipi“ (gaj. Inst. § 19, 22). In weiterem Umfang war nur formloses Kontrahieren möglich. Es ist bekannt, dass unter stätiger Zurückdrängung des solennen Geschäfts der Kontrakt in dieser Gestalt schliesslich allgemeine Vollgültigkeit errang. Während dieser Entwicklung aber steht der formlose Kauf der mancipatio rechtsschutzlos gegenüber. Es wurde durch ihn für den Verkäufer weder eine Pflicht begründet die Kaufsache zu übertragen, noch für die Wirksamkeit der geschehenen Übertragung hinsichtlich Dritter einzustehen. Ja der Verkäufer selbst konnte — kraft bei ihm verbliebenen Rechts — über das Geschäft sich hinwegsetzend die Sache vom Käufer zurückverlangen. In der stipulatio und der prätorischen exceptio rei venditae et traditae fand der Käufer in dieser und jener Richtung eine Deckung. Die gemeinsame Zweckbestimmung dieser aus verschiedenen Wurzeln hervorgegangenen Rechtsbehelfe spricht sich noch in dem Zusammenhang der ihnen gewidmeten Digestentitel aus (D. XXI, 2 und 3, Bechmann S. 375). Die hier interessierende „duplae stipulatio“ ist eine Fortbildung der im früheren Recht allgemein üblichen, vertragsbestärkenden Sponsionen (vergl. Papin. l. 65 D. h. t.: „evictionis nomine spoponderunt“) nach dem Muster der bei der mancipatio vom Käufer abzugebenden Verhaftungserklärungen (vergl. Eck S. 11, 12, 15), zwecks Schaffung einer Grundlage für eine condictio e lege Silia bez. formula certa, sodann zwecks kontraktmässiger Festlegung des Erfüllungsinteresses auf einen bestimmten Betrag (l. 11 D. 46,5). Der Inhalt der Stipulation hat gewechselt. Ursprünglich beschliesst sie die gesamte Verbindlichkeit des Verkäufers, also sowohl zu tradieren, wie für die Wirksamkeit der geschehenen Tradition einzustehen. Sie ist „der Ausdruck des Kaufkonsenses“ (Eck S. 13), das Mittel des Käufers, um zum Prozess zu gelangen. Ihre Funktionen beschränken sich jedoch auf die Sicherstellung des Eviktionsanspruchs des Käufers, als mit der Unterstellung des Kaufs unter das Konsensualprinzip der Anspruch des letzteren auf „tradere possessionem“ mit der actio emti verfolgbar geworden war. Es gab also eine Periode,

wo für die beiden Seiten der verkäuferischen Verpflichtung getrennte Klagen mit formell verschiedener Begründung bestanden.*)

Die actio emti erfährt jedoch späterhin eine Ausdehnung auch auf den Gewährsanspruch des Käufers in der Weise, dass die mit der Eviktionsstipulation erzielte Haftung des Verkäufers nach dem Grundsatz „quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire“ (l. 31 § 20 D. 21. 1) nunmehr als selbstverständliche Intention des Käufers bei jedem Kauf angesehen wurde. Eine rechtsgültige Tradition musste nach dieser Auffassung stets von der stillschweigenden Übernahme der Eviktionshaftpflicht durch den Veräusserer begleitet sein (l. 16 D. 12, 4, l. 131 D. 45. 1, l. 27 D. 46, 3, l. 46 D 30, 1). Für die Verletzung dieser Pflicht war die gewöhnliche Kontraktsklage zuständig. Damit hatte die duplae stipulatio zwar ihre Bedeutung als ausschliessliche Bedingung der prozessualen Geltendmachung des Eviktionsanspruchs verloren, blieb aber als energisches Sicherungsmittel des käuferischen Regresses neben der actio emti selbständig weiter bestehen. Ihre Anwendung rechtfertigt sich nicht oder wenigstens in erster Linie nicht als das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall der Eviktion der Kaufsache, etwa weil die Übernahme der Garantie für den Nichteintritt dieses Falls als das Versprechen einer fremden Handlung enthaltend eine obligierende Wirkung nicht gehabt hätte. Skrupel in dieser Richtung finden sich bei Ulpian l. 38 § 1—9 D. 45, 1, cfr. § 21 J. 3, 19. Der Gedanke wird aber in andern Stellen (l. 50 pr., l. 81 D. 45, 1) zweckmässig interpretiert. Die Eviktionsstipulation hat vielmehr wesentlich das Ziel, durch eine zahlenmässige Formulierung des Erfüllungsinteresses dem Käufer die glatte Liquidation seiner Forderungen im Prozess zu ermöglichen (l. 11 D. 46, 5) und ihm den schwierigen Nachweis des mit der actio emti zu fordernden quanti interest zu ersparen.

* * *

*) a. M. Becker vom Standpunkte seiner eigentümlichen Ansicht über die Natur des Eviktionsanspruchs. Jahrbuch des gemeinen Rechts VI S. 393 ff. Beweisstellen gegen ihn bei Eck S. 16 Anm. 1.

1. Anwendungsgebiet der duplae stipulatio. Die Stipulation beim Kauf war so allgemein üblich (Savigny, System VIII S. 83 Anm. m), dass ihre Vornahme, als der bona fides entsprechend auch bei anfänglicher Versäumung nachträglich vom Verkäufer klagweis gefordert und dieser im Falle der Weigerung sofort in die dupla verurteilt werden konnte (l. 2. D. h. t. l. 37 pr. eod. Bechmann I S. 678—79). Doch erscheint dieses Recht auf den Kauf von Wertgegenständen eingeschränkt („res non contemtibiles" l. 37 cit.). Auffallend ist die Nichtaufführung der res mancipi unter den in der cit. Stelle für die res pretiosiores genannten Beispielen. Die Anwendung der Stipulation auch bei Veräusserungen dieser Kategorie von Sachen ist erwiesen. (Eck S. 22 Anm. 1.) Zweifelhaft auf Grund der erwähnten Auslassung kann nur bleiben, ob auch hier die klagweise Nachforderung der stipulatio zulässig war. Vermutungen, welche dies verneinen, werden von Eck a. a. O. S. 22 aufgestellt. Doch muss aus der Thatsache der Auslassung dieser Schluss wohl nicht notwendig gezogen werden. Die Aufzählung der res pretiosiores in der erwähnten Stelle ist nicht eine erschöpfende, sondern eine exemplifizierende. Wollte der Jurist aber Beispiele für Kaufsachen geben, bei denen auf Stipulationsleistung geklagt werden konnte, so erscheint die Übergehung der res mancipi wohl erklärlich. Gerade den Mancipationskäufen wurde von alters her eine besondere Wichtigkeit beigelegt. Hier mochte also auch jenes Recht unbezweifelt feststehen, so dass die spezielle Erwähnung überflüssig schien. Nicht so bei den Sachen, die der moderne Verkehr den Römern entgegenbrachte. Durch Beispiele aus dem Kreise dieser Sachen (margarita, vestis, serica) wurde also der gesetzgeberische Wille, der gerade auf das Merkmal der Pretiosität abstellen wollte, am besten illustriert. (Vergl. auch Müller S. 36. 37. 63.) Überflüssig neben der auctoritas (Eck S. 22) war das Recht, die Nachleistung der Stipulation zu fordern, gewiss nicht in allen den Fällen, wo mangels der Civität eines oder beider Kontrahenten keine mancipatio vorgenommen werden konnte, also auch keine auctoritas gewährt wurde. Der Anspruch auf Ableistung der Stipulation konnte durch Disposition der Kontrahenten ausgeschlossen werden (l. 37 pr. D. h. t.), ausgeschlossen oder modifiziert werden auch durch eine besondere „mos regionis" (l. 6 D. h. t. und dazu Savigny, System VIII S. 252). War die Eviktion aber einmal erfolgt, so

stand, wenn die Stipulation beim Kontraktschlusse selbst, sowie ihre Nachforderung durch Klage verabsäumt worden war, nur noch die actio emti auf das Interesse zu (arg. l. 60. 70. D. h. t.). Der Anspruch auf die dupla ging verloren (Müller S. 65 bis 76).

2. Betreffs der Höhe des Betrags der Haftung war bei der actio auctoritatis die dupla pecunia als das gesetzliche Maximum festgesetzt. Im geschichtlichen Zusammenhang damit bildete dieses Multiplikat des Kaufpreises auch für das Stipulationsversprechen den regelmässigen Inhalt. Doch fiel jene gesetzliche Schranke und es war damit ins Parteibelieben gestellt, auch eine weitergehende Haftung — auf das triplum, quadruplum — zu vereinbaren: l. 56 D. h. t. Hieran änderte auch nachmals l. un. Cod. quae pro eo VII, 47 nichts, sofern sie nur eine Normativbestimmung für die richterliche Abschätzung eines ungewissen Interesses enthält, keineswegs aber der Partei die Vertragsfreiheit in Vorveranschlagung ihres Interesses verschränkt. (Ude im Archiv für zivil. Praxis Bd. 57 S. 62; Müller S. 83.) Die faktische Geltung dieser justinianischen Vorschrift auch im klassischen Recht ist bestritten, nach l. 43, 44 D. 19, 1 aber wohl zu bejahen. (s. Vangerow III. § 571 Anm. 4 Nr. 2.)

Der Anspruch aus der Stipulation empfängt seine Beurteilung stets aus der Sachlage zur Zeit des Kontraktschlusses heraus. Er geht strikt auf den in der Formel genannten Betrag und wird im Unterschied zur actio emti (l. 8, 60, l. 70 D. h. t.) durch Veränderungen in der Zeit nach der Übergabe des Kaufpreises nicht alteriert (l. 64 pr. D. h t.). Derselbe Grundsatz findet auch Anwendung bei Eviktionen reeller und ideeller Teile der Kaufsache (s. u. sub 3). Danach ist bei Verkäufen uno pretio (Besonderheit l. 53 pr. D. h. t.) stets der Bestand der Sache (des Teils l. 1, l. 64 § 3 D. h. t.) zur Zeit des Verkaufs nach Qualität und Quantität massgebend und die Eviktion unter dem Gesichtspunkt einer unter den damaligen Umständen erfolgten beachtlich.*)

---

*) l. 64 D. h. t., dazu Bekker, Jahrb. d. gem. Rs. VI S. 274 ff., Vangerow III § 610 Anm. 1, 2 und 3. Die Auslegung dieser Stelle im einzelnen ist sehr bestritten. Die aufgestellten Sätze enthalten jedenfalls das Prinzip der dort gegebenen Entscheidungen. Vergl. Windscheid § 391 Note 34; Liebe in Weiskes Rechtslexikon IV S. 819, der jedoch diesen Gedanken hinsichtlich der Teileviktionen keine ganz korrekte Fassung giebt. Bekker S. 274.

3. Die Voraussetzungen des Anspruchs aus der Eviktionsstipulation decken sich hinsichtlich des Erfordernisses, dass die Entziehung auf Grund eines vitium in jure auctoris erfolgen muss, sowie hinsichtlich der Frage der litisdenuntiato (s. aber S. 59) mit denen der actio emti.

In etwas anderer Weise aber beantwortet sich die Frage nach der Notwendigkeit und dem Umfang einer „evictio“ als Voraussetzung des Anspruchs.

Die actio ex stipulatu ist stets geknüpft an das Erfordernis der Eviktion in ihrer spezifischen Bedeutung als Entziehung der Sache aus dem Besitz des Käufers auf Grund eines gegen diesen ergangenen richterlichen Urteils. Sie ist die eigentliche Eviktionsklage nach der Definition Julians l. 21 § 1 D. h. t.: „duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem“. In erster Linie muss Besitzverlust eingetreten sein. Naturgemäss, denn die duplae stipulatio sollte dem Käufer, gerade weil ihm beim formlosen Kauf ein Recht nicht übertragen werden konnte, eben die thatsächliche Ausübung und nur diese garantieren. Wie sehr gerade auf den rein äusserlichen Zustand des Behaltens abgestellt wurde, beweisen l. 9, l. 41 § 1. l. 57 D. h. t., wonach die actio ex stipulatu dann ausgeschlossen ist, wenn ein Eviktionsurteil zwar ergangen ist, seine Vollstreckung aber unterbleibt (l. 57 cit.), oder wenn infolge nachträglichen alia causa geschehenen Eigentumserwerbs des Käufers an der Sache eine Eviktion überhaupt nicht mehr stattfinden kann. Nur in einem Fall greift eine weniger äusserliche Behandlung Platz, indem die actio ex stipulatu auch dann zugelassen wird, wenn sich der Käufer zwar im Besitz der Sache behauptet, dafür aber die litis aestimatio erlegen musste (l. 4 D. 19, 1, l. 16 § 1, l. 29 D. h. t.). Die Herausgabe des Sachwerts (pecunia) wird hier der Herausgabe der Sache (corpus) gleichgestellt. Dass aber auch diese Auffassung erst allmählich durchdrang, beweist noch die in l. 29 pr. D. h. t. berichtete abweichende Ansicht Nervas.

Eingetreten sein muss der Verlust „propter ipsam evictionem“ auf Grund eines Prozesses zwischen dem Käufer und einem Dritten. Der Käufer muss selbst Prozesssubjekt sein und die Stipulationsklage steht ihm infolgedessen schon

dann nicht mehr zu, wenn er in einem Eviktionsprozess, den er in der Rolle des regresspflichtigen Verkäufers für einen emtor secundus als procurator in rem suam führt, wegen eines Mangels im Recht seines Auktors unterliegt (l. 66 § 2 D. h. t. Über l. 33 D. h. t. cf. Müller S. 115 ff.).

Die Zulässigkeit der Stipulationsklage nur infolge einer Eviktion muss auf Grund der Quellenstellen im Gegensatz zur actio emti betont werden. Letztere hat die von der actio ex stipulatu übernommenen Funktionen wesentlich weitergebildet (s. § 4). Dieser Unterschied wird auch nicht hinfällig durch die mannigfach ins Feld geführte (s. Bekker S. 289) l. 11 § 12 D. XIX, 1 .... „Et si ex stipulatu aget et sive defendat noxali judicio sive non quia manifestum fuit, noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex emto agere posse.“ Vernünftigerweise und ohne Verletzung des aufgestellten Grundsatzes kann auch hier dem Käufer, der, was hervorzuheben ist, auf die erhobene Klage hin freiwillig herausgiebt, die vorteilhafte actio ex stipulatu gewährt werden, da nichts entgegensteht, das Urteil, zu dem es bei gegenteiligem Verhalten des Käufers sicher gekommen wäre, als thatsächlich ergangen zu fingieren. Nur die Beweislast bezüglich der kondemnierenden Wirkung des gedachten Urteils fällt bei dieser Sachlage dem Käufer zu. Dass dagegen, wenn der Käufer seiner Sache nicht in einem Eviktionsprozess verlustig ging, die actio ex stipulatu nie gegeben wurde, wird in gleich schlagender Weise durch eine Reihe von Stellen bewiesen: l. 21. pr. l. 24, l. 66 § 2 D. h. t.

Diese Anwendung der Klage nur in ganz bestimmten Grenzen findet eine Erklärung aus ihrem engen Zusammenhang mit dem Wortlaut der Stipulationsformel (s. Eck S. 19, 10), der eine freiere Deutung nicht zuliess. So war auch hinsichtlich der Beurteilung der Frage, wann das zu gewährleistende habere licere als entzogen zu betrachten sei, sobald es sich um die Zuständigkeit der Stipulationsklage handelte, die weitherzige Definition der Quellen (l. 188 pr. D. 50, 16) für das habere licere als ein „obtinere sine interpellatione id, quod quis emit“ nicht mehr massgebend. Da die Stipulationsformel die Verpflichtung des Verkäufers zur Garantie unter negativer Fassung der Bedingung „si habere non licebit, spondesne?“ einführte, bei strenger Interpretation aber bei nur teilweiser Eviktion von einem habere non licere nicht

gesprochen werden konnte, so musste, wenn die Gewährspflicht auch auf Sachteile erstreckt werden sollte, dieser Wille ausdrücklich durch eine entsprechende Klausel („partis adjectio") kundgegeben werden: l. 56 § 2 D. h. t. Da jedoch beim Abschluss von Käufen stehende Formeln angewendet wurden, in denen der Käufer bestmöglich gedeckt war, so ist jene auf Teileviktion ausgedehnte Haftung als die Regel und ihr Ausschluss vielmehr als besondere Parteivereinbarung anzusehen.

3. Die Entwicklung der Gewährspflicht des Verkäufers im gemeinen Recht und der Abschluss der Entwicklung im geltenden Recht.

A. Überblick.

1. Die Gewährspflicht, wie sie eben aus der Eviktionsstipulation hergeleitet wurde, ist schon vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus antiquiertes Recht gewesen. Das gemeine Recht ebenso wie das heutige Recht haben die Eigentümlichkeit des römischen, die Entstehung rechtlicher Verbindlichkeiten vom Gebrauch besonderer Rechtsformeln seitens des Kontrahenten abhängig zu machen, nicht übernommen, schreiben vielmehr jeder beliebig gefassten Beredung obligatorische Wirkung zu. In dieser Weise, auf dem Weg gewöhnlicher Abmachung, konnte nach gemeinem und kann selbstverständlich auch nach geltendem Recht eine der stipulatu begründeten nach Zweck und Inhalt ähnliche Haftung des Verkäufers, sei es durch vertragsmässige Veranschlagung eines bestimmten Interesses, sei es durch die Verabredung einer Konventionalstrafe bewirkt werden. Alle jene besonderen Konsequenzen aber, die aus der Natur des Stipulationsvertrags als Formalakt gezogen werden mussten (§ 2, 2 und 3) kommen dann selbstverständlich nicht mehr in Betracht. Vielmehr sind die allgemeinen Regeln über Verträge anzuwenden. Über die Höhe des Betrags, auf den die Haftung des Verkäufers in dieser Weise festgesetzt werden kann, mag an dieser Stelle bemerkt werden: für das gemeine Recht galt die cit. l. un Cod. quae pro eo (dieselbe ist durch C.P.O. § 260 alter Zählung nicht aufgehoben worden: Rg. X S. 193) in dem oben erörterten Sinne (§ 2, 2). Das neue Recht aber bringt hier eine bedeutsame Neuerung bezüglich der Vertragsstrafe (vergl. Allg. Landr. I, 11 § 153 und I, 5 §§ 292, 300—303; Code civile Art. 1627), indem

B.G.B § 343 dem Richter nicht etwa bloss eine Norm für die Schätzung eines ungewissen Interesses, sondern auf Antrag des Schuldners ein freies Moderationsrecht giebt, auch gegenüber einer von den Parteien vertragsmässig vereinbarten Strafsumme.

2. Eine der actio ex stipulatu parallel gehende Klage wurde in der actio emti gefunden. Der historische Zusammenhang beider Klagen ist berichtet, der Ursprung der actio emti, soweit sie Gewährleistungsklage ist, aus der actio ex stipulatu ist dargethan worden. Die letztere hat uns, obwohl lange neben der actio emti im Gebrauch, doch die früheste Gestalt der Gewährleistungspflicht beim formlosen Kauf überliefert. Die Gebundenheit in der Formel stand hier einer Weiterbildung im Wege. Im Gegensatz dazu hat die actio emti, von dieser Schale gelöst, sich freier entfaltet und die Funktionen als Gewährleistungsanspruch weiter entwickelt. Aber während für die actio ex stipulatu Art und Mass der Gewährspflicht unmittelbar aus der Formel als Haftung lediglich wegen Eviktion abgelesen werden kann, lassen sich die Voraussetzungen des Gewährsanspruchs ex emto mit der gleichen Sicherheit nicht sofort bestimmen. Es erklärt sich dies aus der Eigentümlichkeit des Anspruchs ex emto, wie ihn das römische Kaufrecht im Zusammenhang mit dem römischen Sachenrecht entwickelt hat. Nach jus civile kommt bei formlosen Käufen, bei Käufen von res nec mancipi also stets, dem Käufer weder ein obligatorischer Anspruch aus dem Kausalgeschäft, noch ein dingliches Recht an der Kaufsache nach erfolgter Tradition zu. Hier griffen die Prätoren ergänzend ein, indem sie durch geben von actio und exceptio von Fall zu Fall, man möchte sagen durch juristische Mosaikarbeit ein neues Rechtsinstitut schufen. Vergl. l. 52 D. 41, I: „Rem in bonis nostris habere intellegimus quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus."

Des Rechtsstoffs der prätorischen Edikte hat sich hernach die römische Jurisprudenz bemächtigt, die aufgestellten Sätze doktrinell entwickelt und in breiter Kasuistik erörtert. In der Fülle der in den Quellen enthaltenen, an dieser Stelle einschlägigen Entscheidungen ist nun das allgemeine Prinzip zu suchen, ist die obligatio emti venditi so zu bestimmen, dass die einzelnen Wirkungen dem Begriff adäquate sind. Die Wissenschaft ist hier zu verschiedenen Resultaten gelangt. Er-

klärlicherweise und nicht zum wenigsten vielleicht deshalb, weil jenes Prinzip selbst im Wechsel der Verkehrsanschauungen Veränderungen unterlegen ist. Eine gewisse Grundlage für die Vergleichung des früheren Rechtsstands mit dem jetzigen muss nun die gemeine Meinung der Wissenschaft und neben ihr die in der gemeinrechtlichen Praxis lebendige Rechtsanschauung abgeben. Nach der gegenwärtig herrschenden Ansicht ist im römischen wie im gemeinen Recht der Verkäufer nur verpflichtet, dem Käufer die Sache wie eine eigene zu gewähren, d. h. für den Erfolg der Eigentumsübertragung einzustehen, nicht aber für die Verschaffung des Rechtes selbst. Demgemäss haftet er namentlich auch für Eviktion. Die Ausschliesslichkeit dieser Haftung jedoch wird jetzt kaum mehr vertreten werden. Speziell fürs gemeine Recht ist von manchen (Keller, Paud. § 330, Ziebarth, Realexekution S. 194) im Gegensatz zum römischen Recht eine Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers behauptet worden; aber auch hier im Gegensatz zur herrschenden Lehre. Der letzteren ist auch die Praxis gefolgt und der höchste Gerichtshof hat sich dahin ausgesprochen (Entsch. d. R.G. in Civilsachen XX S. 217): „dass nach römischem Recht der Verkäufer zwar zur Vornahme der zur Übertragung des Eigentums hypothetisch erforderlichen Handlungen, nicht aber zur Übertragung des Eigentums selbst verpflichtet sei, und keine Gründe zu finden seien, ein hievon abweichendes deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, welches den Verkäufer zur Eigentumsübertragung verbindlich gemacht hätte".

3. Noch der erste Entwurf des B.G.B. § 370 ff. hat sich eng an das gemeine Recht angeschlossen, ist sogar in der Beschränkung der Haftung des Verkäufers auf den Fall der Eviktion in mancher Hinsicht noch weiter als jenes gegangen, indem er eine solche auch beim Kauf von Forderungen und ähnlichen Rechten (Urheber-, Patentrechten) annahm, wo sie das gemeine Recht nicht kannte. Prinzipiell wurde zwar die Eigentumsverschaffungspflicht des Veräusserers ausgesprochen (E. I § 370, 371) und dieser Grundsatz auch bei Grundstücksveräusserungen bezüglich der eingetragenen Rechte (I. § 378) und auch insofern konsequent durchgeführt, als der Käufer bei existentem Mangel im Rechte des Auktors, solange der dingliche Vertrag ausstand, die allgemeinen

Ansprüche aus dem Vertrag geltendmachen und auch dann, wann die Übergabe des Kaufgegenstands erfolgt war, doch die Gegenleistung verweigern und der Forderung des Verkäufers die exceptio non adimpleti contractus entgegensetzen konnte. Bedeutend modifiziert aber, ja im Effekt vollständig aufgehoben wurde dieses Prinzip für den Fall, dass der Käufer das Retentionsrecht an der Gegenleistung nicht mehr ausüben kann und deshalb oder auch aus andern Gründen in die Lage kommt, den Verkäufer wegen Nichterfüllung zu belangen. Hier gab der Entwurf (I § 374), bestimmt namentlich durch die Schwierigkeit der Beurteilung des Interesses des Käufers an der Hinzugewähr des leeren Rechtes an der Sache, einen Schadensersatzanspruch oder ein Rücktrittsrecht für den Käufer erst dann, wenn ein Dritter das Recht mit Erfolg geltend gemacht hatte. Was als erfolgreiche Geltendmachung anzusehen sei, war in einem folgenden § 375 Abs. 1—3 bestimmt und hiebei zum Teil noch strenger verfahren als im gemeinen Recht. So wurde zwar die Entwehrung durch Schiedsspruch im Gegensatz zum gemeinen Recht (l. 56 § 1 D. h. t.) als Regressgrund anerkannt, andererseits aber die Möglichkeit, dass der Käufer, auch ohne dass eine Entwehrung eintritt, infolge des nicht verschafften Rechtes Schaden leiden kann, nicht vollständig (vergl. I. § 376) berücksichtigt, während die neuere gemeinrechtliche Wissenschaft hier überall geneigt ist, dem Käufer einen Ersatzanspruch zu gewähren (Windscheid § 389 No. 1, Eck a. a. O. S. 43).

In der zweiten Kommission wurde diese Regelung als inkonsequent, den praktischen Bedürfnissen und der übrigen Gestaltung des Gesetzes widerstreitend verworfen und den betreffenden Paragraphen im wesentlichen die Fassung, die sie heute zeigen, gegeben (vergl. Reatz, Die II. Lesung des B.G.B. unter Gegenüberstellung der I. Lesung ad. Tit. „Kauf“).

Das Bürgerliche Gesetzbuch statuierte damit in ursächlichem Zusammenhang mit der Anlage seines Sachenrechts und im Anschluss an die meisten modernen Gesetzgebungen (Motive S. 213) das Prinzip der Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers, zog daraus aber für die Pflichten des Verkäufers viel weitgehendere Konsequenzen als die Mehrzahl jener

Rechte (mit Ausnahme des Zürich. G. Bcf. Mot. S. 218), indem es für die Regel eine Rechtsgewährspflicht des Verkäufers ausspricht (§ 433—434) und nur in einem bestimmten Ausschnitt von Fällen (§ 440—441) auf einem dem gemeinrechtlichen äusserlich ähnlichen Standpunkt verharrt.

4. Nicht ohne Einfluss auf die Gestaltung des Gesetzes war die Frage nach der Stellung der Lehre von der Gewährleistung im System. Die Entwicklung der Eviktionsprästationspflicht in ihrer engen Beziehung zum Kaufrecht hat die bisherige Erörterung gezeigt. Der Kauf war jedenfalls der erste und späterhin der praktisch wichtigste Fall der Eviktionen und dieser Zusammenhang findet auch noch in der Stellung des Pandektentitels de evictionibus unmittelbar hinter dem ädilitischen Edikt einen sprechenden Ausdruck. Angesichts des Vorliegens ähnlicher Voraussetzungen war nun die Abstraktion vom konkreten Fall des Kaufs und die entsprechende Anwendung des Eviktionsrechts auf die Veräusserungsverträge überhaupt ohne weiteres gegeben, wiewohl die spezifische Haftung für Eviktion bei der Eigentumsübertragung fordernden Tendenz dieser Verträge verloren gehen musste (vergl. Windscheid § 392). Die Lehre von der Gewährleistungspflicht des Veräussernden ist denn auch in den Pandektenwerken an verschiedenem Orte, teils im allgemeinen Teil des Obligationsrechts (Vangerow, Seuffert, Unterholzner, Bekker, Brinz — letzterer sowohl hier als beim Kauf) teils aber auch im Anschluss an die Lehre vom Kauf behandelt worden (Windscheid, Sintenis, Arndts). Der erste Entwurf hatte sich für die erstere Behandlung des Rechtsinstituts entschieden und die Vorschriften über die „Gewährleistung des veräusserten Rechtes“ in den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse gestellt (E I. § 370—380). In der zweiten Kommission wurde wieder davon abgegangen und die Lehre zum Kauf gestellt (P. II. S. 1309). Wohl mit Recht. Wenn auch in höherem Grade als im gemeinen Recht der Eviktionsleistungspflicht (Windscheid II. § 392), so kann doch auch der Rechtsmängelgewährspflicht des ersten Entwurfs ein allgemeiner Charakter nicht in vollem Umfang zugesprochen werden. Von vornherein mussten sich die Vorschriften auf die entgeltlichen Veräusserungsverträge beschränken. Bei der Schenkung und Ausstattung (I. § 443,

§ 1500 Abs. 1) trat eine andere Regelung der Gewährspflicht ein. Abweichendes war auch beim Erbschaftskauf bestimmt.

Diesen nicht zu vermeidenden Mängeln gegenüber hat die jetzt im B.G.B. befolgte, systematisch sonst vielleicht weniger richtige Stellung der Lehre den hohen Vorzug der Anschaulichkeit, die in der vorbildlichen Regelung der Gewährspflicht an einem bestimmten Rechtsinstitut liegt; ausserdem stehen die Vorschriften so an der Stelle ihrer häufigsten Anwendung. Die entsprechende Anwendung derselben auf die Fälle, in denen gleiche Bedürfnisse obwalten, d. h. auf die entgeltlichen Veräusserungsverträge, wird in § 445 vorgeschrieben; damit ist dem Kaufe zugleich eine seiner rechtsgeschichtlichen Rolle und praktischen Bedeutung gemässe zentrale Stellung auch im B.G.B. eingeräumt.

B. Im einzelnen.

§ 5.

Die Gewährspflicht des Verkäufers nach gemeinem Recht und nach B.G.B. ist im vorhergehenden Paragraphen kurz charakterisiert worden. Die Begründung der dort aufgestellten Sätze ist nunmehr nachzuholen, ihr Zusammenhang mit andern das System, innerhalb dessen sie stehen, beherrschenden Rechtsprinzipien zu zeigen und so die ursächliche Verschiedenheit des alten und neuen Rechts aufzuklären.

Nach gemeinem Recht war der Verkäufer verpflichtet, dafür einzustehen, dass der Käufer die Sache haben darf („prästare ut emtori rem habere liceat"). Auf die Beschreibung dieses habere licere kommt zunächst alles an.

Die regelmässige Absicht des Käufers wird immer und überall — der Kauf ist in diesem Sinn juris gentium — dahin gehen, die Sache zu haben zu dauerndem Genuss und Besitz. Unter der Herrschaft eines Rechts wird ein solches Verhältnis der Person zur Sache, die Gestalt des Eigentums der Person an der Sache annehmen. Der Zweck des Kaufes ist also normalerweise Vermittlung des Eigentumsübergangs und die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums ist die einfachste und natürlichste Form, die diese Verpflichtung annehmen kann (s. Voigt, jus naturale IV S. 469). Auch der römische Kauf in seiner frühesten Gestalt, die Mancipatio hatte die Tendenz, das Eigentum

des Käufers an der Kaufsache, das „ejus esse ex jure quiritium“ zu begründen, das später technisch als dominium bezeichnet wird. Mit dem rechtlich existenten Zweck der Eigentumsübertragung beim Kaufe ist ein rechtlicher Schutz der Erreichung dieses Zwecks keineswegs notwendig verbunden (vergl. Bechmann I, S. 546 u. 547). So wurde auch beim Mancipationskauf nur eine Haftung des Verkäufers für Eviktion festgestellt, d. h. eine Gewährleistungspflicht für das blosse Behalten der Sache durch den Käufer. Dieser bei der Mancipation zu gewährleistende Besitz konnte nun beim formlosen Geschäft von vornherein den alleinigen Gegenstand der Übertragung bilden. Was dort der Mangel im Rechte des Auktors bewirkte, wirkte hier der Mangel des Rechtsgeschäfts; denn die blosse Tradition begründet nur einen Besitzwechsel, kann dem Erwerber nicht das Recht, sondern nur den juristischen Besitz, das habere der Kaufsache verschaffen. Diesem rein äusserlichen, anfangs nur sponsione zu schützenden Gewaltverhältnisse wird nun aber von der prätorischen Gesetzgebung in unmittelbarer Anwendung der ihr durch die lex Aebutia*) verliehenen gesteigerten Befugnisse (s. Gajus IV. 11) ein rechtlicher Schutz gewährt durch eine Mehrzahl innerlich zusammenhängender, sich gegenseitig ergänzender Rechtsbehelfe. Hierher gehören, wenn wir von den possesorischen Interdikten absehen, namentlich die exceptio rei venditae et traditae als passives und als korrespondierendes aktives Rechtsmittel die actio publiciana in rem, zu verbinden eventuell mit einer replicatio rei venditae et traditae. Beide stehen dem Erwerber a domino sowohl wie a non domino, also dem späteren bonitarischen Eigentümer, wie dem bonae fidei possessor zu. Der Schutz aber, der durch die actio und exceptio gewährt wird, ist ein absoluter in allen Fällen des Erwerbs vom dominus, ein nur relativer beim Erwerb vom non dominus, sofern die publiciana nur gegen den Dritten, schlechter Berechtigten durchdringt, nicht aber gegen den wahren Eigentümer. Die so geschützte, durch Tradition begründete Beziehung des Erwerbers zur Sache wird als ein habere licere technisch bezeichnet (s. die prätorischen Edikte in l. 1 pr. und § 7 D. 43, 27).**)

*) Zwischen dem ersten und zweiten punischen Krieg.

**) Das habere licere wie Dollinger S. 9, 13 aufzufassen als die positive Reflexwirkung der Verpflichtung zur Leistung des Eviktionsinteresses, als etwas, das selber nicht in obligatione ist, ist eine gezwungene Vorstellungsweise, die

Konnte für den formlosen Kauf aber die Begründung des Eigentums als eines „ejus esse ex jure quiritium“ zum Zwecke nicht erhoben werden, so ergab sich als natürliches Ziel jenes habere licere und die ursprüngliche Kaufstipulation tritt demgemäss auch in der Fassung „habere licere spondesne“ auf. Jene historischen Ursachen, die den Begriff des habere licere in das Kaufrecht einführten, sind jedoch nicht als zureichende Erklärung für die dem römischen Recht eigentümliche Gestaltung der Gewährspflicht zu betrachten, in der Weise etwa, dass die Verpflichtung des Verkäufers nur zur Gewährleistung des thatsächlichen Habens als notwendige Folge aus dem Gegensatz von Civilrecht und jus gentium abgeleitet werden müsste. Denn einerseits ist auch civilrechtlich der Mancipant nicht weiter verpflichtet (S. 3), andererseits wird auch jenem habere licere im Laufe der Entwicklung der Charakter eines Rechts verliehen (Voigt, Das jus naturale der Römer IV S. 499—503), in dem es, soweit es ein unentziehbares habere ist, als bonitarisches Eigentum konstruiert und durch die justinianische Kodifikation zum Eigentum schlechthin erhoben wird (Bechmann II S. 77, 78). Ist aber angesichts dieser Entwicklung das römische Recht doch nicht zu einer Prästationspflicht des Verkäufers für das habere licere als eines im Recht begründeten, also zu einer Eigentumsgewährpflicht fortgeschritten, was nunmehr (§ 6) festzustellen sein wird, so liegen die Gründe dafür in einer andern Richtung, nämlich in der eigentümlichen Ordnung des Eigentums im römischen Recht (§ 7).

---

nicht einmal ganz korrekt ist. Denn wie oben ausgeführt wurde, umfasst die Stipulation „habere licere“ ursprünglich die gesamte Verpflichtung des Verkäufers. Er verpflichtete sich damit in erster Linie auch zur Besitzeinräumung. Die Auffassung, dass das habere licere als etwas nicht allein vom Willen des Promittenten Abhängiges nicht stipuliert werden, deshalb nicht den direkten Gegenstand der Obligation bilden könne, ist schon oben zurückgewiesen worden (S. 5). Zu der daselbst citierten l. 81 D. 45, 1, vergl. noch insbesondere: l. 83 pr. D. eod:

> . . . et qui spondet dolum malum abesse afuturumque esse non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit; idemque in illis stipulationibus habere licere.

Damit, dass das Versprechen habere licere auszulegen ist curaturum se habere licere, übernimmt allerdings der Verkäufer eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines „bestimmten Zustandes“ (a. M. Dollinger S. 14).

§ 6.

Der Schutz, den das ältere römische Recht dem Käufer gewährt, hat sich, am Zweck des Geschäfts gemessen, als ein beschränkter gezeigt, in doppelter Richtung. Einmal darin, dass es ganz der Initiative des Käufers überlassen wird, sich Gewährsansprüche zu sichern, durch die Vornahme einer Stipulation; ferner darin, dass der Wortlaut jener Stipulation auf habere licere streng interpretiert und der Verkäufer nur für eine thatsächliche Entziehung der Sache aus dem Besitz des Käufers haftbar gemacht wird. Dieser ältere Standpunkt ist aber im späteren römischen und gemeinen Recht überwunden worden, vollständig in der einen, zum Teil auch in der andern Richtung.

Die Gewährspflicht des Verkäufers verliert den Charakter einer besonders zu vereinbarenden Garantiepflicht und wird dem Kaufkontrakt immanent. Die Stadien, in denen sich diese Entwicklung vollzog, sind oben geschildert worden. Natürlich ergiebt sich jene selbstverständliche Gewährspflicht nur in den Fällen, in denen der Käufer als bonae fidei emtor solchen unmittelbaren Schutz des Rechts für die Erreichung seiner rechtsgeschäftlichen Absicht beanspruchen kann. Bei malae fidei emtio, soweit solche nicht als wissentlicher Kauf einer res furtiva nichtig ist (l. 34 § 3 D. 18, 1) ist der Erwerber zu seiner Sicherung lediglich auf den Abschluss der Garantiestipulation angewiesen (l. 18, 27. C. 8, 45).

Abgesehen aber von diesen Veränderungen in den formellen Voraussetzungen der Gewährspflicht, ist auch der materielle Inhalt der aus dem bonae fidei negotium hervorgehenden Gewährspflicht ein anderer, gegenüber der stipulatu begründeten wesentlich reicherer geworden.

Die actio emti als Gewährschaftsklage greift einmal in allen Fällen Platz, in denen auch die actio ex stipulatu begründet war (s. oben § 2), steht also mit dieser in elektiver Konkurrenz; sie ist aber weiterhin auch anwendbar:

a) In Fällen eigentlicher Eviktion, wo die Stipulationsklage aus Interpretationsgründen sich als unanwendbar erweist:

Bei einer Eviktion, die den Käufer nicht in seiner Eigenschaft als Käufer, sondern als regresspflichtigen Prozessführer eines Dritten trifft (l. 66 § 2 D. h. t.),

bei einer Eviktion, die der Erbe des Käufers erleidet, wenn er selbst der auctor des defunctus war und selbst auch einem Dritten gegenüber regressberechtigt ist (l. 41 pr. D. h. t.). Der Fall ist dem vorigen ähnlich, die actio ex stipulatu nicht zulässig, weil die Eviktion den Erben in dieser Eigenschaft, nicht in seiner Eigenschaft als Käufer trifft, denn das Besitzverhältnis, dessen Störung ihn auf Grund des Kaufvertrags mit dem Dritten regressberechtigt gegen diesen gemacht hätte, hat er durch den Verkauf an den defunctus selbst aufgehoben und erst nach einer Neubegründung dieses Verhältnisses durch Erbgang erfolgt die Eviktion. In beiden Fällen steht dem Käufer als bonae fidei actio die actio emti zu. Sie hilft ferner an Stelle der Stipulationsklage aus:

bei einer Partivaleviktion, wenn solche in der Formel nicht vorgesehen war (l. 56 § 2 D. h. t.),

bei der Eviktion von Früchten und Accessionen der Sache (l. 8, 16 pr., 42, 43 D. h. t.),

bei der Eviktion heterogener Bestandteile (l. 36 D. h. t., l. 23, § 1 D. 41, 3). Im letzteren Fall ist der Käufer, auch wenn die stipulationsmässige Haftung auf Eviktion von Teilen erstreckt wurde, doch auf die actio emti angewiesen, da hier jener Teilbegriff nicht zutrifft.

Mit wachsender Erkenntnis der natura negotii, des auf Eigentumsübertragung gehenden Zwecks des Kaufgeschäfts, wird die Funktion der actio emti als Gewährleistungsklage aber

b) über die Fälle eigentlicher Eviktion hinaus erstreckt mit der Tendenz, dem Käufer den im Kauf angestrebten Erfolg auch als einen rechtlichen zu garantieren, zunächst wenigstens da, wo dies Interesse des Käufers ein besonders eklatantes ist. Auf Grund der von jener fortgeschrittenen Auffassung ausgehenden Quellenstellen (s. bes. Eck S. 30 Nr. 2—4, Windscheid, seit der V. Aufl. § 389 Anm. 8 a—f) können namentlich folgende Sätze aufgestellt werden:

aa) Der wissentliche Verkäufer einer fremden Sache kann auf Gewährleistung in Anspruch genommen werden, sobald der Rechtsmangel entdeckt wird. Eviktion braucht nicht abgewartet zu werden (l. 30 § 1 D. 19, 1). Die strenge Haftung tritt ein, weil das Verhalten des Verkäufers der Absicht des Vertrags, die auf Rechtserwerb seitens des Käufers geht, bewusst widerstreitet.

Nach derselben Regel ist auch der Verkäufer einer servus noxius sofort haftbar (l. 4 pr. D. 19 1).

bb) Der Käufer kann, sobald eine Klage anhängig wird, die die Kaufsache zum Gegenstand hat, die Zahlung des Kaufpreises bis auf weiteres verweigern, es sei denn, dass Bürgschaft geleistet wird (l. 18 § 1 D. 18, 6, l. 24 C. h. t.).

cc) Ausser für Eviktion haftet der Verkäufer auch noch für jeden Abmangel irgend eines Vorteils, der für den Käufer mit der vollständigen Erreichung seines Geschäftszwecks, d. h. der Eigentumsübertragung durch den Verkäufer verbunden sein müsste: l. 8 D. h. t. „quanti ejus interest rem venditoris fuisse“ (vergl. l. 24, 25 D. eod. l. 35 § 4 D. 18, 1).

dd) Auch wenn jener rechtliche Erfolg in seinem ganzen Umfang eingetreten ist, so dass aus diesem äusseren Grunde Eviktion unmöglich wird, so ist der Käufer doch gewährleistungsberechtigt, wenn sich der Eintritt desselben an eine andere als die causa emtionis knüpft. Die Fälle, in denen der Käufer dabei eine Aufwendung machen muss, sind hier nicht gemeint. Dies sind Fälle der Eviktion, die sogar die actio ex stipulatu zulassen (cfr. ob. § 2, 3 l. 16, § 1 D. h. t.) Hier handelt es sich um den nachträglichen Erwerb aus einer causa lucrativa, also um Fälle, in denen dem Käufer „nihil abest“. Der letztere hat auch hier die actio emti gegen den Verkäufer, weil, wenn auch in seinem Vermögen kein minus vorhanden, doch ein vorhandenseinsollendes plus nicht vorhanden ist und die Leistung an den nichtberechtigten Käufer als solchen eine grundlose, unnötige war (l. 13 § 15, l. 29 D. 19, 1, l. 9 D. h. t., l. 84 § 5 D. 30).

Die Zahl der Fälle, in denen diese erweiterte Gewährspflicht des Verkäufers eintritt, wird mit der analogen Anwendung der genannten Grundsätze eine sehr grosse. Dennoch hat das römische Recht den Eviktionsstandpunkt prinzipiell nicht verlassen. Namentlich hat es nicht, was notwendige Voraussetzung gewesen wäre, dem Verkäufer die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung auferlegt (Bechmann II S. 69 Anm. 2). Der redliche Verkäufer kann durch die Verschaffung des faktischen Habens seiner Verpflichtung vollständig genügen (l. 25 § 1 D. 18, 1), so dass für irgendwelche Gewährsansprüche des Käufers kein Raum bleibt (l. 3 C. 8, 45). Er kann ihr genügen: nämlich dann, wenn ein billiges Interesse des Käufers nicht mehr fordert. Am besten wird die römisch-rechtliche

Auffassung gekennzeichnet durch l. 30 § 1 D. 19, 1: „venditorem hactenus teneri, ut rem auctori habere liceat non etiam ut ejus faciat . . . . . tamen dolum malum abesse praestare debeat“ in Verbindung mit l. 84 § 5 D. 30: „hoc judicum bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem“ (vergl. dazu Savigny, System V, Beil. XIII, 4 Anm. a). Die Anwendung der Grundsätze der bona fides durch den judex soll danach das Korrektiv bilden überall, wo die Geltendmachung der prinzipiell möglichen Einrede der Erfüllung seitens des Verkäufers, der nur das thatsächliche Haben dem Käufer verschafft hat, eine offenkundige Unbilligkeit gegen letzteren enthielte. Weiter ist das römische Recht nicht fortgeschritten.

Die Rechtfertigung dieses nicht unanfechtbaren Standpunkts liegt fürs römische Recht in einem mit Rücksicht auf andere kollidierenden Normen vorhandenen Einschränkungsbedürfnis einerseits, in einem fehlenden Bedürfnis der Erweiterung andererseits. Schon im gemeinen Recht ist jenes geschwunden und hat sich dieses mehr und mehr fühlbar gemacht. Vollends im geltenden Recht ist kein Anlass gegeben, den natürlichen Umfang der verkäuferischen Verpflichtung prinzipiell zu beschränken. Hierauf ist in den Kommissionsprotokollen II. Lesung zur Begründung der Aufgabe des Eviktionsstandpunkts hingewiesen worden und hierauf ist kurz im Zusammenhang einzugehen.

§ 7.

Mit der Tradition der Kaufsache, der dadurch gewährten Besitzstellung ist, wie schon eingangs angedeutet, der Zweck des Käufers noch nicht vollständig erreicht, wenn ihm statt einer das in bonis esse der Kaufsache einschliessenden definitiven Licenz zum habere eine nur vorläufige, durch Rechte Dritter in Frage gestellte, evictione wieder entziehbare gewährt wird. Immerhin ist mit der Besitzinhabung der Sache für den Käufer meist begründete Aussicht vorhanden, seinen Zweck endgültig zu erreichen. Denn sofern sein Besitz ein titulierter ist, kommt ihm, wenn ihm guter Glaube im Moment des Erwerbs nicht gefehlt hat, das Recht mit dem Institut der Ersitzung entgegen, die speziell im römischen Recht sehr leicht gemacht ist, dadurch, dass sie schon durch einen einjährigen, bei Immobilien zwei-

jährigen Besitz herbeigeführt und auch durch mala fides superveniens nicht unterbrochen wird, der bonae fidei possessor ferner in der actio publiciana in rem eine Klage hat, die wesentlich dem Schutz des Thatbestandes gilt, der zur Ersitzung führt. Dementsprechend ist es naheliegend, ein Gewährleistungsinteresse des Käufers noch nicht mit dem blossen, ihm unschädlichen Bekanntwerden des fremden Rechtes, sondern erst dann anzunehmen, wenn die mit dem Besitz die Grundlage der Ersitzung entziehende Eviktion eingetreten ist. Der Rechtserwerb durch Ersitzung selbst wird durch die kurzen Ersitzungsfristen des vorjustinianischen Rechtes sehr nahegerückt. Unterlag der Käufer aber dennoch vor vollendeter Ersitzung in einem Eviktionsprozess, so findet er für die Unbequemlichkeit, mit der Geltendmachung seiner Ansprüche erst jetzt hervortreten zu können, eine Entschädigung in der strengen, auf ein hohes Interesse gehenden Klage aus der Eviktionsstipulation, die der Käufer stets vornehmen, ja, wenn Eviktion drohte, sogar noch nachholen konnte. Nach der andern Seite war die Gefahr, aus der duplae stipulatio in Anspruch genommen zu werden, ein Sporn für den Verkäufer, sich über die rechtliche Beschaffenheit der Sache, die er veräusserte, ins Klare zu setzen. Hatte der Käufer aber in einem bestimmten Fall gerade ein besonders hohes Interesse am Behalten der Sache, so konnte er, da das römische Recht eine Realexekution nicht kannte, den Eigentümer expropriieren und durch Erlegung der litis aestimatio die Sache dauernd an sich ziehen (l. 21 § 2, l. 16 § 1 D. h. t.). Vollständig war dem Käufer freilich auch mit dieser Regelung nicht gedient. Schon aus der blossen Thatsache des nicht verschafften Rechtes konnten ihm mannigfache Nachteile erwachsen (vergl. Eck S. 36), während ihm Regressansprüche erst gegeben waren, wenn er materiellen Schaden litt.

Allein ganz abgesehen davon, dass die Festsetzung einer Eigentumsgewährspflicht des Verkäufers im römischen Recht mit Rücksicht auf die eigentumsunfähigen Personen (Sklaven), die doch kaufen, die dem Eigentum entzogenen Sachen, die doch gekauft werden konnten, unthunlich erschien, verbot auch eine gerechte Abwägung der Interessen beider Kontrahenten diesen Schritt. Den Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums und zur Gewährleistung desselben zu verpflichten, hätte eine unbillige Härte für

ihn enthalten. Er selbst war beim Verkauf der Sache gar nicht in der Lage, die rechtliche Beschaffenheit der Sache zu kennen, da bei der zähen, gutgläubigen Erwerb ausschliessenden Festhaltung des Eigentums im römischen System die Cirkulation fremder Sachen eine unbehinderte, beim ausgedehnten Begriff der res furtiva häufig unbegrenzte war. Hatte der Verkäufer die Sache auch selbst optima fide überkommen, so war ihm damit noch keine Garantie gegeben, dass nicht noch fremde Rechte an derselben bestehen. Trat nun, nachdem weiterverkauft war, ein solches hervor, ohne gleich geltendgemacht zu werden, so konnte der Käufer, der vom Verkäufer in die Lage zu ersitzen gebracht war und sich dessen Ersitzungszeit anrechnen durfte, mit Recht von diesem einstweilen auf die Vollendung der Ersitzung verwiesen werden. Wo diese Gründe einer billigen Rücksicht gegen den Verkäufer nicht gegeben waren, da hat auch das römische Recht keinen Anstand genommen, eine schon ante evictionem eintretende Ersatzpflicht desselben auszusprechen (l. 30 § 1 D. 19. 1.).

Die Mängel dieses unter dem streng derivativ geordneten Eigentumserwerb leidenden Kaufrechts sind nicht schwer zu erkennen. Sie machen sich nach der Seite beider Kontrahenten fühlbar. Vor dem Eintritt der Entwehrung ist wesentlich der im freien Gebrauch der Sache behinderte Käufer, nach derselben aber der zum Ersatz eines hohen Interesses (dupla) verpflichtete Verkäufer der Benachteiligte. Das Geschäft aber wird seinem wesentlichsten Zweck nicht gerecht. Denn dieser ist beim Käufer auf die spezifische Vermehrung seines Vermögens durch die Kaufsache, beim Verkäufer aber auf ein gewinnbringendes Losschlagen der letzteren gerichtet. Die Erreichung jeder dieser Absichten aber ist durch die stete Möglichkeit einer Eviktion in Frage gestellt, die dem Käufer die Sache entzieht, den Käufer auf ein hohes Interesse, zur Zeit der Stipulationen eventuell auf ein Multiplikat des Kaufpreises verpflichtet.

Fürs gemeine Recht haben sich die Unzuträglichkeiten noch gesteigert, indem im Laufe der Entwicklung manches Stück von dem Rechtsinstitut abbröckelte, mancher Satz, mit dem das römische Recht gerechnet hatte, verschwand, ohne dass der Grundgedanke ein anderer geworden wäre. Durch die Verlängerung der Ersitzungsfristen auf 3 bezw. 10 Jahre (l. un. C. de transform. usucapione VII, 31) wurde der Erwerb des Käufers hinausgeschoben,

durch den Satz des kanonischen Rechts „mala fides superveniens nocet“ (C. 20 X de präscr. 2, 26) in vielen Fällen unmöglich gemacht. Durch den Wegfall der Stipulationen im gemeinen Recht aber wurde der Käufer im Falle der eingetretenen Eviktion eines wirksamen Mittels der Geltendmachung seines Regresses beraubt. Zu diesen im Recht selbst liegenden Unzulänglichkeiten kam hinzu, dass lange Zeit die Wissenschaft jenen Satz, der den Verkäufer nur zur Gewähr des faktischen Habens verpflichtete, in ungenügender Würdigung vorhandener Modifikationen zu sehr auf die Spitze stellte (s. Eck S. 41). Aber auch durch die richtigere jetzt befolgte freiere Auslegung der römischen Grundsätze konnte heutigen Verkehrsbedürfnissen nicht genügt werden. Namentlich, wo sich das gemeine Recht mit der modernen Einrichtung öffentlicher Bücher zum Schutz des Grundeigentums kombinierte, ergaben sich Missstände.

Aus solchen Gründen haben die neueren Gesetzgebungen, mit ihnen das B.G.B., sämtlich den Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet. Mit der Aufnahme einer dementsprechenden vollen Eigentumsgewährspflicht steht das B.G.B. auf einem fortgeschrittenen Standpunkt (§ 3 Nr. 3). Einzelne Konsequenzen aus diesen neuen Grundsätzen sind im folgenden Abschnitt zu ziehen. Hier handelt es sich um ihre Rechtfertigung im Hinblick auf die vom B.G.B. getroffene neue Ordnung des Eigentums. Soll die zu Gunsten des Käufers dem Verkäufer auferlegte Pflicht zur Eigentumsverschaffung und Eigentumsgewährleistung nicht eine unbillige Beschwerung des letzteren enthalten, so muss ihr eine gesetzliche Erleichterung der Bewirkung des Erfolgs der Eigentumsübertragung entsprechen. Eine solche trifft das B.G.B., indem es von einer durchaus derivaten Ordnung des Eigentumserwerbs absieht und wenigstens in weitem Umfang (vergl. Wendt, im Arch. für civ. Praxis, Bd. 89 S. 17 ff.) einen originären Erwerb des Rechts durch guten Glauben zulässt. Der gutgläubige Erwerb vertritt im B.G.B. die Stelle der ordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts*) und er-

*) Er ist eine praescriptio momentanea; doch bestehen in den Voraussetzungen der beiderlei Arten des Eigentumserwerbs im einzelnen bemerkenswerte Verschiedenheiten: 1. Hier und dort ist guter Glaube erforderlich, aber der zur Ersitzung erforderliche gute Glaube ist Überzeugung vom Dasein des Rechts bezw. von der Abwesenheit des Unrechts und vom Ersitzenden zu be-

füllt wesentlich die gleiche Aufgabe, aber besser nach zwei Richtungen. Einmal gewährt er dem Käufer, indem er sich momentan vollzieht, sofort mit erfolgter Übergabe das Eigentum an der Kaufsache, macht damit gleich auch den Verkäufer frei, ferner sind die Fälle seiner Wirksamkeit viel weniger beschränkt, als die der gemeinrechtlichen Ersitzung. Letztere war bekanntlich ausgeschlossen bei allen res furtivae; der Begriff der res furtivae war ein sehr ausgedehnter, auch die unterschlagene Sache fällt darunter, so dass thatsächlich an der grossen Mehrzahl cirkulierender fremder Sachen die Ersitzung unmöglich war, wie Gajus sagt: „unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat“ (§ 3 J. 2, 6). Der Ausschluss des Erwerbs im guten Glauben aber beschränkt sich auf die gestohlene, verlorene oder, wie der konkrete Ausdruck definiert wird, dem Eigentümer ohne seinen Willen abhandengekommene Sache (vergl. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. I S. 255). Davon aber wird wieder eine wichtige Ausnahme gemacht für Geld, Inhaberpapiere und öffentlich versteigerte Sachen. Der Verkäufer einer beweglichen Sache wird so in den meisten Fällen der ihm obliegenden Verpflichtung zur Rechtsverschaffung ohne weiteres genügen können, sei es, dass schon er selbst auf gutgläubigen Erwerb sich berufen kann, sei es, dass dieser erst beim Käufer eintritt. Eine noch höhere Sicherheit ist für den Grundstücksverkehr erreicht durch die Aufnahme formaler Elemente, die Eintragung und Umschreibung dinglicher Rechte und den Erwerb im Vertrauen auf das Grundbuch. Der Verkäufer eines Grundstücks darf gewiss sein, wegen keiner anderen als der im Grundbuch eingetragenen Rechte vom Käufer in Anspruch genommen zu werden. Ist aber damit der Verkäufer in die Lage gesetzt, die rechtliche Beschaffenheit der zu veräussernden Sache in der Regel

---

weisende Voraussetzung; der zum gutgläubigen Erwerb erforderliche gute Glaube ist nicht grobfahrlässiges Nichtwissen vom Nichtrecht des Auktors (ob zwar die Bildung einer Überzeugung von der Abwesenheit des Unrechts nicht verlangt wird) und nicht er vom Erwerber, vielmehr der böse Glaube als Ausschliessungsgrund des Erwerbs vom Gegner zu beweisen. 2. Ersitzung und gutgläubiger Erwerb erfordern einen Titel. Aber ersessen kann auch werden, wenn der Titel nur ein putativer ist (l. 11 D. 41, 4). Der gutgläubige Erwerb verlangt ein tadelloses Übertragungsgeschäft. Er hilft nur über einen Mangel im Recht des Auktors hinweg.

richtig zu beurteilen, so darf auf der andern Seite auch die berechtigte Erwartung des Käufers, durch seinen guten Glauben Eigentumsrechte zu erwerben, nicht ungeschützt bleiben. Der Verkäufer wird, wenn diese Erwartung getäuscht wird, mit Recht sofort gewährpflichtig gemacht.

II. Abschnitt.

Dogmatischer Teil.

§ 8.

Einleitung.

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt eine Entwicklungsgeschichte der Gewährspflicht des Verkäufers zu geben versucht, insbesondere auf die Umstände hingewiesen worden ist, welche im römischen und gemeinen Recht ihre Beschränkung auf Garantie des Besitzes und Rechtsgenusses, im B.G.B aber ihre Erweiterung zu einer Rechtsverschaffungs- und Rechtsgewährspflicht veranlasst haben, ist nunmehr der Inhalt der betreffenden Rechtssätze dogmatisch zu entwickeln und zwar wird von den Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers in den §§ 9—18, von der Art und dem Umfang dieser Haftung in den §§ 18 bis 21, und von dem Ausschluss der Haftung in den §§ 23—25 gehandelt werden.

Dabei ist Gegenstand der Untersuchung nunmehr allein das geltende und als dessen Grundlage und unmittelbares Vergleichungsobjekt das gemeine Recht.

Die Entwicklung der wichtigsten Sätze des älteren römischen Rechts ist als von ausschliesslich historischem Interesse schon im vorigen Abschnitt unternommen worden.

I. Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel nach gemeinem Recht und B.G.B.

§ 9.

A. Die Voraussetzungen des Eintritts der Haftung.

Als Voraussetzungen des Eintritts der Haftung werden im gemeinen Recht genannt ein vitium in jure auctoris und eine

auf Grund desselben erfolgende „evictio“. In der ersten Voraussetzung ist die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Mangels in dem vom auctor gewährten Recht ausgesprochen, in der zweiten ein bestimmt geartetes Hervortreten dieses Rechtsmangels gefordert. Daran anknüpfend erhebt sich zunächst die Frage, welche Rechtsmängel im gemeinen Recht und im B.G.B. überhaupt geeignet sind, die Grundlage von Gewährsansprüchen zu bilden, sodann die Frage, welches Hervortreten dieser Rechtsmängel zur Entstehung jener Gewährsansprüche erfordert wird, wobei auch die Fälle zu betrachten sind, in denen ein ursprünglich objektiv vorhandener Rechtsmangel durch subjektive Momente (gutgläubigen Erwerb, Ersitzung) ausgeglichen, am Hervortreten gehindert wird (negative Voraussetzungen).*)

a) Die Rechtsmängel, die die Haftung begründen.

§ 10.

Im alten römischen Recht ist das Eigentum eines Dritten an der Kaufsache vielleicht das einzige Recht gewesen, dessen Hervortreten einen Regressanspruch des Käufers begründete. Es muss dies eine Vermutung bleiben (Eck a. a. O. S. 8 auf Grund von Paulus R. S. 17 § 1), jedenfalls aber lässt sich die rei vindicatio als das Prototyp aller einen Gewährsanspruch des Käufers begründendsten Klagen bezeichnen, indem ihnen allen der Charakter der Dinglichkeit eigentümlich ist, sei es, dass sie als Ausfluss eines jus in re aliena direkt dinglich begründet sind oder zwar obligationenartige Natur, aber dingliche Richtung haben (z. B. actio noxalis, actio quod metus causa). Es liegt dies in der Natur der Sache. Regressberechtigt ist der Käufer nur angesichts eines Rechts, das gegen ihn geltendgemacht wird oder geltendgemacht werden kann. Dazu aber muss das Recht ein dingliches oder wenigstens dinglich gerichtetes sein, weil bei der freien Veräusserungsmöglichkeit des Verkäufers die Person des Käufers dem wahren Eigentümer gegenüber stets unbestimmt sein

*) Systematisch falsch ist es dagegen, Umstände, durch welche eine nach den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen an sich begründete Gewährspflicht für den speziellen Fall ausgeschlossen wird, unter den negativen Voraussetzungen aufzuführen, so z. B. die Kenntnis des Käufers vom Rechtsmangel, das pactum de non praestanda evictione, die Vorschrift des § 806 der C.P.O.

wird. Das Merkmal der Dinglichkeit oder wenigstens dinglichen Richtung ist auch fürs B.G.B. bei allen Rechten zu behaupten, deren Existenz den Käufer gewährsberechtigt machen soll. In Konsequenz davon kann nach dem Recht des B.G.B. in gewissen Fällen, in denen das gemeine Recht einen Gewährsanspruch des Käufers kannte, ein solcher nicht mehr in Frage kommen, weil das B.G.B. die actio in rem, mit der der Käufer gemeinrechtlich zu belangen war, als solche nicht mehr giebt. Dies gilt insbesondere von den im römischen Recht so wichtigen, im gemeinen Recht auf die actio de pauperie reduzierten Noxalklagen (Instit. 4, 8, D. 9, 4 Cod. 3. 41; bezüglich der Eviktion vergl. namentlich l. 45 § 1 D. 30 I, wo die Auffassung der noxa-Eigenschaft als Rechtsmangel besonders scharf hervortritt). Das B.G.B. giebt den Grundsatz noxa caput sequitur (§ 5 J. 4, 8) auf. Der Schadensersatzanspruch, den der § 833 einem durch ein Tier Verletzten gegen den, dem das Tier gehört, giebt, ist ein rein persönlicher und berührt den Singularsuccessor im Besitze des Tieres nicht. Gegenüber diesem auf der Veränderung rechtlicher Konstruktionen beruhenden Abmangel gewisser bisher zur Begründung von Gewährsansprüchen geeigneter Thatbestände findet aber andererseits auch eine wesentliche Bereicherung im B.G.B. statt. Denn während mit dem Begriff des nach gemeinem Recht vom Verkäufer zu gewährenden habere licere Rechtsmängel, selbst evictione hervortretende, noch vereinbar sind (cfr. Realservituten), ist nach der vom B.G.B. statuierten vollen Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ein Gewährsanspruch des Käufers prinzipiell mit jedem Mangel im Recht desselben verbunden. „Der Verkäufer haftet für die Freiheit des veräusserten Gegenstands von Rechten an demselben prinzipiell schrankenlos“ (M. II., S. 214).

Zwecks Feststellung und Vergleichung der im gemeinen Recht und im B.G.B. Regressansprüche des Käufers begründenden Rechtsmängel im einzelnen unterscheiden wir nach der Eigenart der Kaufsache den Kauf von Sachen, Rechten und Sachgesamtheiten.

1. Beim Sachkauf.

§ 11.

Als Rechte, deren Hervortreten den Käufer der Sache regressberechtigt macht, sind in den römischen Quellen überliefert und allgemein anerkannt:

α) Die dinglichen Rechte: Das Eigentum (l. 24, 28 C. h. t.; l. 34 § 2, l. 39 § 1, l. 43, 48, l. 63 § 1, l. 67 D. h. t.), dem die in der Wirkung gleiche bonae fidei possessio gleichsteht. Besteht das fremde Eigentum an Teilen der Sache (z. B. l. 1, l. 39 § 2, l. 64 h. t.) oder an Zubehörstücken desselben (l. 16 pr. l. 44 h. t., vergl. Petri S. 29), so ist gleichfalls eine Basis für Ersatzansprüche des Käufers gegeben. Dem Eigentum schliessen sich an die jura in re aliena: Pfandrecht (l. 34 § 2 D. und l. 35, l. 66 pr. D. h. t.; Müller S. 159—168), Niessbrauch (l. 49, l. 62 § 2 D. h. t., Müller S. 189 ff.) und die mit ihm eng verwandten (l. 2 pr. D. 8, 5) Personalservituten (l. 75 D. h. t., Vangerow III S. 341). In den Quellen nicht genannt, aber den angeführten Rechten durch Schluss a minori ad majus gleichzustellen sind ausserdem Emphyteuse und Superficies. Früher bestritten, später durch die Wissenschaft (Windscheid § 391 Note 28, Keller § 331, Vangerow § 610 Anm. 3) und Praxis (Entscheidungen des R.G. in C.S. Bd. IV Nr. 55, VII Nr. 54) wohl allgemein verneint, ist eine ohne weiteres eintretende Haftung des Verkäufers für die Freiheit des Grundstücks von Realservituten. Die Beweise dafür liegen in l. 59 D. 18, 1 und l. 75 D. h. t, der Grund dieser Auffassung aber darin, dass nach römischen Verhältnissen (Keller, in Sells Jahrbüchern S. 102 Note 25) das Gros der Grundstücke eine derartige Belastung zeigen mochte. Daher die regelmässige Übernahme derselben durch den Käufer („tacite sequuntur") und daher die Ausnahmestellung des fundus optimus maximus, für welche Eigenschaft des Grundstücks nur gehaftet wurde, wenn dies in der lex contractus ausbedungen war (cfr. cit. l. 59). Auf die allgemein üblichen, selbstverständlichen und, wie man hinzufügen kann, deshalb meist minder eingreifenden Servituten kann diese Nichthaftung des Verkäufers prinzipiell nicht beschränkt werden (gegen Unterholzner I S. 269 Note f s. Vangerow III S. 341). In concreto aber wird der Käufer wegen einer zum Vorschein kommenden ungewöhnlichen Belastung auch nach gemeinem Recht regelmässig seinen Auctor belangen können, da die Belastung, wenn drückend, jenem wohl auch bekannt war und ihr Verschweigen dann meist zu einer Haftung wegen dolus führen wird:

l. 1 § 1, l. 39 D. 19. 1, l. 69 § 5 D. h. t.

Dass für aktive Realservituten, wenn solche nicht aus-

drücklich zugesichert werden, der Verkäufer nicht haftet, ist erklärlich, cfr. l. 66 pr. D. 18. 1. Aber auch hier wird der dolus bestraft. Der Verkäufer haftet, wenn er das Dasein einer solchen Servitut verschweigt, so dass dem Käufer das Recht durch non usus verlorengeht: l. 66 § 1 D. (18, 1). Jene, die Haftung des Verkäufers bezüglich der Realservituten beschränkenden, auf eigentümlich römischen Einrichtungen beruhenden Sätze sind ins gemeine Recht übergegangen. Ihre vielfache, wenn auch unbegründete Anzweifelung ist vielleicht aus dem Gefühl hervorgegangen, dass sie den modernen Verhältnissen nicht mehr gerecht werden. Nach B.G.B. haftet der Verkäufer wie wegen aller andern die Kaufsache belastenden dinglichen Rechte, so auch für die Freiheit derselben von Realservituten. In der Kommission bildeten die Grunddienstbarkeiten noch einmal den Gegenstand der Debatte. Im Interesse der Billigkeit, meinte man, sei der Ausschluss der Haftung für ganz geringfügige Dienstbarkeiten geboten, um nicht zu chikanösen Forderungen und Einwendungen des Käufers Anlass zu geben. Es schien jedoch und es ist eine ausdrückliche diesbezügliche Vorschrift überflüssig, da die Handhabe einer gerechten Regelung bereits in den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen gegeben ist. Hat der Verkäufer, abgesehen von der Beseitigung eines unbedeutenden in dem Dasein einer geringfügigen Grunddienstbarkeit bestehenden Rechtsmangels, sonst tadellos erfüllt, so kommt ihm nach § 320 Abs. 2 das Recht auf Gegenleistung zu und erweist sich die Behebung dieses Mangels für ihn weiterhin als unmöglich, so hat er doch teilweise erfüllt und der Käufer hat keinen vollen Schadensersatzanspruch, kein volles Rücktrittsrecht, es sei denn, dass die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, was in dem gegebenen Fall stets zu verneinen sein wird. Gehören aktive Grunddienstbarkeiten zum verkauften Grundstück, so ist der Verkäufer nach § 444 dem Käufer zur Auskunftserteilung und im Unterlassungsfall zum Schadensersatz verpflichtet, wenn dem Käufer aus seiner Nichtkenntnis ein Schaden erwachsen ist (vergl. z. B. B.G.B. § 1028). Von einem besonderen dolus des Verkäufers wie im gemeinen Recht ist diese Haftpflicht nicht abhängig gemacht.

§ 12.

Ausser den vorgenannten im Petitorium geltend zu machenden Rechten begründet auch

β) Ein geltendgemachter possessorischer Anspruch eines Dritten den Käufer zur Klage gegen seinen Auktor. l. 11 § 13, l. 35 D. (19, 1.)

Die Klage lässt sich verschieden als Klage auf Erfüllung oder eigentliche Regressklage auffassen. Unter den römischen Juristen selbst waren die Ansichten geteilt. l. 11 cit.:

Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit. Sed Julianus probat, nec videri traditum si superior in possessione emtor futurus non sit. Erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur.

Mit dem „sed Julianus" wird doch wohl (a. M. Müller, a. a. O. S. 304) das Referat einer von der des Neratius abweichenden, die Klage als Klage auf Erfüllung auffassenden Meinung jenes Juristen eingeleitet, welche Meinung auch den Vorzug verdient. (Bechmann I S. 551, a. M. Windscheid II § 391 Anm. 27. Dass für Bekker a. a. O. S. 267 jener Unterschied verschwindet, erklärt sich aus seiner ganzen Auffassung des Eviktionsanspruchs. Vergl. Bechmann I S. 552 und unten § 20.)

Fürs B.G.B. ist diese Frage gegenstandslos,*) da der Gewährleistungsanspruch, mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch identisch, nur ein Teil dieses ist (§ 28).**) Auch im B.G.B. ist aber die Möglichkeit gegeben, dass dem Käufer Ersatzansprüche gegenüber dem Verkäufer gerade aus der Fehlerhaftigkeit des ihm verschafften Besitzes erwachsen.

Von den Fällen, in welchen schon der Besitz des Verkäufers ein fehlerhafter ist, kommen nur diejenigen in Betracht, in denen der Käufer in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit erwirbt (cfr. § 858 Abs. 2). Die Vorschrift des § 439 Abs. 1 kommt hier nicht zur Anwendung.***) Es kann aber der Fall auch so liegen, dass der

*) Nicht so im früheren Recht. Die Entscheidung, ob die Gewährschaftsklage oder die primäre Erfüllungsklage für diesen Fall zuständig sei, war insofern wichtig, als es im Fall eines pactum de non praestanda evictione für den Käufer hievon abhing, ob er sich an den Verkäufer halten könne oder nicht. Eben mit Rücksicht auf die hier in Frage stehende Konsequenz, meine ich, darf das Unterliegen des Käufers im Possessorium als Eviktionsfall nicht aufgefasst werden.

**) Die Frage stellt sich hier etwas anders (cfr. den Schluss der Paragraphen).

***) S. 33 Anm. *).

Besitz des Käufers ein fehlerhafter wird, nicht weil es der des Verkäufers ist, sondern dadurch, dass der Käufer selbst sich durch verbotene Eigenmacht — und zwar ist solche optima fide möglich (Strohal, Sachbesitz S. 94) — in den Besitz der Kaufsache setzt und darauf von einem Dritten im Possessorium besiegt wird, z. B.: A kauft ein Grundstück von B und veräussert gleich darauf weiter an C. A war als Eigentümer eingetragen und hat seinerseits an C aufgelassen. Aber der erste Verkäufer B hat das Grundstück noch nicht geräumt und ohne seinen Willen nimmt B die Besitzergreifung vor. Klagt nun B gegen C auf Wiedereinräumung, so wird C dem A gegenüber regressberechtigt, wenn dieser nicht sofort — die Möglichkeit ist ihm durch § 864 Abs. 2 gegeben — sein auf C übergegangenes Eigentum rechtskräftig feststellen lässt und den Besitzstreit so gegenstandslos macht. Auch die Geltendmachung einer Quasipossessio gegen den Käufer lässt sich analog l. 35 D. h. t. fürs B.G.B. denken, nämlich wenn es der Verkäufer versäumt, eine zu Unrecht eingetragene Passivservitut zu löschen, durch deren einmalige Ausübung innerhalb eines Jahres der Besitzer des herrschenden Grundstücks besitzschutzberechtigt wird (§ 1029).

Im übrigen handelt es sich in diesen Füllen — abgesehen von den letzterwähnten, wo die Haftung aus § 435 zutrifft — nicht um eine Gewährspflicht für Mängel im Recht. Die Nichterfüllung liegt hier nicht im Punkt der Rechtsverschaffung, sondern in dem der mangelnden Erfüllung der Verpflichtung zur Übergabe.*) Fürs

*) A. M. Petri S. 37. Nach ihm ist die entgegengesetzte Ansicht „unzweifelhaft“ richtig. Begründet wird sie damit:

a) dass es billig sei, dass fehlerhafter Besitz als Rechtsmangel aufgefasst werde, da sonst trotz Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Käufer auf Einräumung fehlerfreien Besitzes mangels Anwendbarkeit des § 439 Abs. 1 bestehen könnte, während der Verkäufer sonst nach cit. § frei würde;

b) dass das vom Besitzer an den Käufer gestellte Anfordern der Wiedereinräumung des Besitzes ein Anspruch, somit ein Recht sei, welches gegen den Käufer geltendgemacht werden könne und nach § 434 zu vertreten sei.

Zu a) ist zu bemerken: die angebliche Billigkeitsrücksicht besteht nicht. Die Thatsache, dass der Käufer um Umstände weiss, welche den Verkäufer an ordnungsmässiger Übertragung hindern, lässt die Vermutung, dass der Käufer auf solche verzichte, billigerweise nicht zu. Auch kann irgend ein dolus, auf Grund dessen dem Käufer ein Nachteil auferlegt werden könnte, nicht allgemein angenommen werden (vergl. ob.). Auch für die Fälle, in denen der Käufer in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers erwirbt, muss man

gemeine Recht reiht sich das Unterliegen des Käufers im possessorischen Rechtsstreit den übrigen Eviktionsfällen insofern gleichartig an, als in beiden das habere licere entzogen erscheint.

§ 13.

γ) Obligatorische Rechte mit dinglicher Richtung.

1. Für öffentliche Rechte auf Steuern und Abgaben, die an einem Grundstück bestehen, haftet der Verkäufer dem Käufer nach gemeinem Recht nicht (l. 9 C. 4, 49; Müller S. 227—237), sofern dieselben nicht einen singulären Charakter tragen:

> l. 41 D. 19, 1: In venditione super annua pensitatione pro aquae ductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit: itaque, si conveniatur ob pretium ex vendito ratio improvisi oneris habetur.

Wo ausnahmsweise dennoch eine Haftung des Verkäufers ausgesprochen ist, ergiebt sich dieselbe aus allgemeinen Grundsätzen: wenn der Verkäufer beim Vertragsschluss die Höhe der Abgabe auf einen bestimmten Betrag veranschlagt hat, haftet er dem Käufer für jeden Höherbetrag, gleichgültig ob dolus ob error vorlag (l. 9 C. 4, 49), wenn er doloserweise das Vorhandensein eines „tributum“ verschweigt, macht ihn sein dolus haftbar (l. 21 § 1 D. 19, 1).

Das B.G.B. schliesst sich ganz dem gemeinen Recht an: § 436. Welche Lasten als öffentliche zu bezeichnen und zur

---

sich darüber klar sein: die Partei hat das Bewusstsein, dass der Besitz, den sie erwirbt, ein fehlerhafter im Sinne des Gesetzes sei, regelmässig nicht. Sie hat nur die Kenntnis von Thatsachen, welche durch richterliche Subsumtion als Kenntnis fehlerhaften Besitzes charakterisiert wird. Dabei kann sie ganz frei von dolus sein. Aber selbst wenn sie in dolo versiert, kann sie dies nur gegenüber dem Besitzer benachteiligen (§ 858 Abs. 2), nicht gegenüber dem gleichfalls fehlerhaften Vorbesitzer ihrer Ansprüche verlustiggehen lassen. Soweit eine Beschränkung derselben angezeigt ist, ist dieselbe durch § 254 zu gewinnen.

Zu b) ist zu bemerken: Hier liegen unklare Gedanken zu Grund: § 434 sagt nur, dass jeder Mangel im Recht, der gegen den Käufer geltendgemacht werden kann, vom Verkäufer zu vertreten ist, nicht, dass jeder Mangel, der gegen den Verkäufer durch ein Anspruchsrecht geltendgemacht werden kann, ein Mangel im Recht ist.

Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind, bestimmt sich nach Landesrecht.

Den Käufer trifft bezüglich der öffentlichen Lasten die Erkundigungspflicht und § 444 ist nicht hieher zu beziehen.*) Eine Verletzung der dort dem Verkäufer auferlegten, auch auf die öffentlichen Lasten sich erstreckenden Pflicht zur Auskunftserteilung charakterisiert sich nicht als culpa in contrahendo, da der cit. § 444 nur vom „verkauften" Gegenstand redet. Für rückständige Abgaben der fraglichen Art ist selbstverständlich der Verkäufer haftbar (§ 103).

Bemerkenswert ist, dass § 436 nur von Grundstücken redet. Danach ist der Verkäufer von beweglichen Sachen für etwaige Abgaben, die für dieselben zu entrichten sind (Abgaben für Schiffe, Buden), haftbar zu machen, falls der Käufer deren Vorhandensein nicht kennt.**)

2. Der Käufer ist regressberechtigt ferner wegen Forderungen, die auf Grund der Verletzung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen***) durch den Verkäufer gegen ihn als dessen Singularsuccessor geltendgemacht werden können. Die Eigentumsbeschränkungen können sein Beschränkungen der rechtlichen und der thatsächlichen Verfügung. Für die ersteren sind die gesetzlichen Veräusserungsverbote zum Schutz bestimmter Personen (B.G.B. § 135; Wendt im Archiv für civilistische Praxis Bd. 89 S. 42, 43), für die letzteren die Vorschriften des Nachbarrechts privatrechtlicher wie polizeilicher Natur anzuführen. Voraussetzung ist, wie immer, dass das Veräusserungsverbot, die Vorschrift, der die Sache nicht entspricht, etc., allgemein gesagt, der Rechtsmangel, wegen dessen der Käufer in

*) Dies verkennt unter anderen auch die Denkschrift cfr. Haidlen, Comm. I S. 496 ebenso S. 599.

**) Dernburg ad. § 436, S. 40 führt aus in Anm. 5: „auch auf beweglichen Sachen können öffentliche Lasten ruhen. Für bewegliche Sachen ist § 436 entsprechend anzuwenden, denn öffentliche Lasten hat jeder Erwerber zu kennen" und daselbst in Anm. 7: „der Grund des § 436 besteht darin, dass öffentliche Lasten öffentlich bekannt sind. Es besteht also eine gesetzliche Eviktion der Kenntnis". Letzteres ist ganz richtig. Aber eben eine Fiktion kann nicht weiter gelten, als sie aufgestellt ist. Dass sie für bewegliche Sachen nicht aufgestellt werden wollte, heben die Motive ad § 327 E. I. ausdrücklich hervor.

***) Vergl. S. 78 Anm. *).

Anspruch genommen wird, im Moment des Vertragsschlusses schon bestanden hat:

l. 11 D. h. t. . . . futuros casus evictionis
post contractam emtionem
ad venditorem non pertinere.
(Vergl. Bekker a. a. O. S. 279 ff.)

Als spezielle Fälle solcher Haftung seien angeführt: der Käufer muss bauliche Veränderungen treffen, da sein Haus den Bauvorschriften nicht entspricht, er wird mit einer actio aquae pluviae arcendae belangt oder — zwei Beispiele aus dem neuen Recht — er muss nach § 908 eine zur Abwendung der Einsturzgefahr erforderliche Vorkehrung treffen*) oder er wird auf die Zahlung der Rente wegen Grenzverletzung seines Vorgängers durch Überbau verklagt, welche Klage ebenfalls in rem scripta ist (§ 913). Letzterer Fall ist noch insofern von besonderer Bedeutung, als das Recht auf die Rente nicht ins Grundbuch eingetragen wird, also durch Erwerb im Vertrauen aufs Grundbuch nicht in Wegfall kommt (§ 914 Abs. 2).

3. Ein Fall, der dem B.G.B. eigentümlich ist: Der Käufer hat einen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer, wenn er wegen Verwendungen, die von einem Dritten auf die Sache gelegt worden sind, solange der Verkäufer noch Eigentümer war, von diesem Dritten in Anspruch genommen wird (§ 999 Abs. 2 vergl. mit § 434).

4. Ein zur Erzeugung von Gewährsansprüchen geeigneter Thatbestand kann weiterhin vorliegen, wenn ein Dritter ein Rückforderungsrecht an der Kaufsache geltendmacht gestützt auf die Anfechtbarkeit eines zwischen ihm und dem Verkäufer abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen die Sache in den Besitz des Verkäufers und von hier in den des Käufers kam. Voraussetzung, diese Fälle in diesen Zusammenhang hereinzuziehen, ist die Möglichkeit einer in rem wirkenden Anfechtbarkeit fehlerhafter Geschäfte. Eine solche ist im gemeinen Recht nur

*) Dieser Anspruch geht stets gegen den gegenwärtigen Inhaber des Grundstücks, auch wenn für den entstandenen Schaden der frühere Inhaber (§ 836 Abs. 2) ersatzpflichtig ist (§ 908). Auch hier ist selbstverständlich ein Regressanspruch nur begründet, wenn der die Gefahr einschliessende Zustand schon wenigstens im Keim bestand, als dem Verkäufer noch das Grundstück gehörte.

ausnahmsweise in dem Rechtsmittel der actio quod metus causa — l. 9 § 8 D. 4, 2:

Quum autem haec actio in rem scripta sit nec personam vim facientis coërceat sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est . . .

und in gewissen Fällen der in integrum restitutio (Windscheid I, § 114 ff.) gegeben (l. 3 C. 2, 20).

Die Anstellung einer actio quod metus causa wird in den Quellen als Eviktionsfall zufällig nirgends erwähnt. Dagegen ist die restitutio in integrum im Titel de evictionibus et duplae stipulationibus selbst zweimal genannt:

l. 39 pr. D. h. t. Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio et eum Titius Sejo; minor se in ea venditione circumscriptum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium sed etiam adversus Sejum. Sejus postulabat apud praetorem, utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari. Ego dandam putabam. Respondi: justam rem Sejus postulat, nam si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit aequum erit, per eundem praetorem et evictionem restitui.

l. 66 § 1 D. h. t. Si is qui rei publicae causa afuit fundum petat, utilis possessori pro evictione competit actio. Item si privatus a milite petat, eadem aequitas est emtori restituendae pro evictione actionis.

Dem Restitutionspflichtigen wird in diesem Fall eine utilis pro evictione actio gegeben, weil nach strengrechtlichen Gesichtspunkten geurteilt die Eviktionsklage hier versagen musste, indem das Recht des Restitutionsberechtigten ein durch richterliche Fiktion neu geschaffenes, erst ex post eintretendes ist, also ein Entwehrungsgrund vorliegt, für den nach den gewöhnlichen Regeln der Auktor nicht einzustehen hätte. (Savigny, System Bd. VII S. 95 ff.)

Wesentlich anders als im gemeinen Recht ist die Anfechtbarkeit im B.G.B. geregelt (§ 121, 123, 142—144). Während dort die Anfechtung die Wirkung hat, die Parteien zu obligieren, die abgegebene anfechtbare Willenserklärung als nicht abgegeben zu betrachten, und eine Einrede gegen den Vollzug, nach dem Vollzug des Geschäftes aber einen Wiederherstellungsanspruch des Anfechtungsberechtigten erzeugte, dessen Ausdehnung auf unschuldige Dritte in Fällen besonders schwerer Rechtsverletzung

(so beim Zwang, nicht beim Betrug) durchaus als Anomalie erscheint, wirkt nach dem B.G.B. die Anfechtbarkeit stets in rem, indem mit erfolgter Anfechtungserklärung das Geschäft als ein von Anfang an nichtiges angesehen wird (§ 143). Die Nichtigkeit aber hat die ipso jure eintretende Rescission des rechtsgeschäftlichen Effektes zur Folge, das Eigentum an einer anfechtbar übertragenen Sache fällt zurück, der Inhalt des Grundbuchs wird, wenn bei einer Grundstücksübertragung der dingliche Vertrag anfechtbar ist,*) unrichtig, der Erwerb aber von demjenigen, der auf Grund eines solchen anfechtbaren Geschäfts etwas in Händen hat, stellt sich als ein Erwerb vom Nichtberechtigten dar und verschafft — von der heilenden Wirkung des guten Glaubens zunächst abgesehen — kein Eigentum. Zweifellos, wenn der Erwerb in die Zeit nach der Anfechtungserklärung fällt. Aber das Gesetz bestimmt, dass, auch wenn der Erwerb geschieht, während die Frage der Nichtigkeit des Geschäftes noch schwebt, der Erwerbende deshalb noch nicht besser gestellt sein soll, wenn die Anfechtung hernach wirklich erfolgt (§ 142, 2). Es leuchtet ein, dass bei dieser Regelung an und für sich mehr Raum für Eviktionen bleibt als im gemeinen Recht. Freilich kommt auch hier wie bei den § 9 unter a genannten Fällen die rechtsmängelausgleichende Wirkung des gutgläubigen Erwerbes in Betracht. Sie blieb bisher unberücksichtigt, weil sie erst später, wenn vom Hervortreten des fremden Rechtes zu handeln ist, in ihrer allgemeinen Bedeutung gewürdigt werden soll. Hier ist gelegentlich ein Punkt zu erörtern. Die Ausdrucksweise des § 142 Abs. 2 hat zu Zweifeln Anlass gegeben. Es ist die Ansicht aufgestellt worden (Wendt, a. a. O. S. 53—56), hier werde für die Sondernachfolger derjenigen, die aus einem anfechtbaren Geschäft etwas besitzen, eine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln über den gutgläubigen Erwerb gemacht. Dies erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Der Abs. 2 des § 142 will nur aussprechen (Protok. II. Lesung Bd. I

*) Dazu ist erforderlich, dass der dingliche Vertrag durch den Anfechtungsgrund berührt wird. Das ist, wenn das Kausalgeschäft anfechtbar ist, häufig der Fall, nicht immer; z. B.: wenn der Tradent zu verkaufen, der Erwerber schenkweise zu erhalten meint, so ist der Übertragungsakt gültig und die condictio begründet. Anders wenn der Tradent verkaufen wollte und vom Erwerber zum Schenken gezwungen wurde. Hier fällt auch der dingliche Vertrag mit der Anfechtung und die vindicatio ist begründet.

S. 127, 165), dass, wer die Anfechtbarkeit kannte (hätte kennen müssen), ebenso behandelt werde, wie wer die Nichtigkeit kannte (h. k. m.). Wie der behandelt wird, der die Nichtigkeit kannte, darüber verlautet nichts. Und wie wird er behandelt? Da nach Eintritt der Nichtigkeit der Besitzer der Sache Nichtberechtigter ist (s. oben), so werden, auch ohne dass das Gesetz dies ausdrücklich ausspricht, die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten doch wohl Anwendung finden müssen. In Gemässheit derselben wird bei Kenntnis der Nichtberechtigung des Auktors vom Erwerber der Sache kein Recht an derselben erworben. Also sagt der § 142, dass der Anfechtende seine Sache auch vom dritten Erwerber herausverlangen kann — unbeschadet der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb.

Gilt dies für die Kenntnis der Nichtigkeit, so muss es auch für die Kenntnis der Anfechtbarkeit gelten, denn der Kenntnis der Nichtigkeit steht die Kenntnis der Anfechtbarkeit gleich (§ 142, 2).

Aber wenn der Erwerber die Nichtigkeit, bezw. Anfechtbarkeit „hätte kennen müssen"? Das Kennenmüssen umfasst nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. (Plank I Vorbemerkungen S. 38) die Fahrlässigkeit überhaupt, auch die leichte Fahrlässigkeit, welche nach § 932 den guten Glauben noch nicht ausschliesst. Die Aufnahme des Begriffs des „Kennenmüssens" in dem § 142 giebt nun aber für die hier in Rede stehende Frage kein ganz glattes Resultat. Der Paragraph sagt damit: Wer die Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte, wird ebenso behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt oder nur infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt hätte, d. h. wenn die Fahrlässigkeit eine grobe war, so kann ihm die Sache von dem Anfechtenden abgefordert werden, war sie aber keine grobe, so darf er sie behalten. Letzteres will das Gesetz an dieser Stelle aber gar nicht sagen. Es ist ihm nur darum zu thun, auch im Fall der Kenntnis des dritten Erwerbers nur von der Anfechtbarkeit, die in rem gehende Anfechtungsmöglichkeit auszusprechen. Für unsere Untersuchung ziehen wir aus dem Gesagten den Schluss, dass auch in Fällen des Kaufs von einem in dieser Weise Nichtberechtigten den Eviktionen, weiterhin den Regressklagen des Käufers wegen nicht-

verschafften Rechts durch gutgläubigen Erwerb der Boden entzogen wird.

5. Miete und Pacht.

Mit der im B.G.B. erfolgten Umkehrung des gemeinrechtlichen Satzes „Kauf bricht Miete“ in sein Gegenteil „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 571 mit der Beschränkung auf Grundstücke; bezüglich der beweglichen Sachen vergl. § 986 Abs. 2) treten zu den Rechten, die gegen den Käufer von Dritten geltendgemacht werden können, in gewissem Umfang hinzu die Rechte eines Mieters an der Kaufsache. Im gemeinen Recht bleibt das Mietverhältnis rein auf die Kontrahenten beschränkt. Der Successor in das Eigentum des Vermieters ist deshalb kraft dieser Rechte in der Lage, den Mieter vom Besitz und Gebrauch der Sache auszuschliessen. Mit diesbezüglichen Ersatzansprüchen ist dieser rein auf seinen Kontraktschuldner angewiesen.

l. 25 § 1 D. 19, 2: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat. Alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Eine Schmälerung seiner vertragsmässigen Rechte erfährt also hier der ex emto Succedierende nicht, sofern er nicht durch den verharrenden Mieter an der Besitzergreifung der Kaufsache gehindert wird, in welchem Fall aber unvollständige Übergabe seitens des Verkäufers vorliegt. Diesen rein obligatorischen Charakter trägt das Mietverhältnis im B.G.B. nur vor der Einweisung des Mieters in den Besitz der Sache. Mit der Überlassung der Sache zum Besitz giebt das Gesetzbuch dem Mieter die Möglichkeit, sich auch einem dritten Erwerber gegenüber in diesem Besitz zu behaupten und auf dieser Grundlage können wiederum Gewährleistungsansprüche des letzteren gegen seinen Auktor entstehen.

Wird ein vermietetes, verpachtetes, dem Mieter, Pächter überlassenes Grundstück veräussert, so gilt die Vorschrift des § 571. Der Erwerber „tritt während der Dauer seines Eigentums in die aus dem Mietsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten ein“. Die Konstruktion dieses an der Sache haftenden Rechtes des Mieters ist von Anfang an bestritten gewesen (vergl. Plank II ad § 571, Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldver-

hältnisse S. 51—54). Ausser Zweifel ist, dass es kein eigentlich dingliches Recht ist, da ihm die Eintragung ins Grundbuch, wie sie das allgemeine Landrecht kannte, fehlt. Ebenso sicher gehört es aber zu den Rechten, die gegen den Käufer geltendgemacht werden können und derentwegen der Verkäufer nach § 434 Gewähr leisten muss. Das Recht des Mieters ist aber insofern vorwiegend geeignet, in die Rechtssphäre des Käufers einzugreifen, als es eben mangels der Eintragung ins Grundbuch auch nicht durch den Erwerb im Vertrauen auf dieses getilgt werden kann, eine Gefahr, die nur zum Teil dadurch ausgeglichen wird, dass das Recht des Mieters, weil Besitz voraussetzend, meist sinnfällig ist. Denn nach einer Ansicht, die sich freilich noch weiter wird fundieren müssen, verliert der Mieter die durch die Besitzüberlassung einmal erreichte dingliche Qualifikation seines Rechtes noch nicht durch eine später eintretende Unterbrechung seines Besitzes (Plank II ad § 571 Nr. 2).

Wird eine bewegliche vermietete Sache von dem Vermieter nach dem Modus des § 931 durch Cession des Anspruchs auf Herausgabe verkauft, so kann der besitzende Mieter dem vindicierenden Käufer nach § 986 Abs. 2 eine „exceptio rei locatae et traditae" entgegensetzen.*) Es tritt der Fall ein, der im gemeinen Recht wohl als Entwehrung „in negativer Richtung" (Müller S. 107) bezeichnet wird: „cum possessor ab emtore conventus absolutus est" (l. 16 § 1 D. h. t.). Die Haftung des Verkäufers ist in diesem Fall aus § 437 herzuleiten.**)

*) Ebenso wäre nach Gemeinem im Fall des Verkaufs der actio in rem (vergl. l. 9 Cod. 4, 39) zu entscheiden. Da hier der Cessionar mit der Abtretung des dinglichen Anspruchs noch nicht das dingliche Recht erwirbt, so ist es selbstverständlich, das gegen ihn die exceptio aus dem Mietverhältnis, durch das der Anspruch nun einmal beschränkt ist, zulässig ist. Nicht ebenso selbstverständlich nach B.G.B., denn hier wird mit der Cession auch das dingliche Recht selbst erworben. Dass aber gegen die Klage aus dem dinglichen Recht eine aus einer personalis obligatio eines Dritten hergeleitete exceptio zulässig ist, versteht sich nicht ohne weiteres. Aber allerdings hat das B.G.B. die Anschauung, dass wenn einmal das Eigentum in die Form des Anspruchs übergegangen ist, es auch in dieser aufgeht (vergl. Plank I. S. 245) und daraus kann dann auch die Beschränkung des eben in diese Form des dinglichen Rechtes Succedierenden gefolgert werden.

**) Dabei wird vorausgesetzt, dass der Käufer mit der Übergabe in der Form des § 931 einverstanden war. War er es nicht, so hat der Verkäufer

§ 14.

2. Beim Kauf von Rechten.

In den bisher erörterten Fällen ist davon ausgegangen, dass an einer mit dem Zwecke der Eigentumsübertragung verkauften Sache fremde Rechte hervortreten. Durchaus gleichartig gestalten sich die Fälle, in denen ein Recht verkauft wird, das zum Besitz der Sache berechtigt (§ 443, § 441; l. 10, l. 46 D. h. t.). Dort wird die Sache zur Ausübung der Befugnisse des Eigentümers, hier zur Ausübung eines minder umfangreichen dinglichen Rechtes übertragen. Beidemale ist die Gewährleistung des Rechts nur ein Teil der Erfüllung. Die Gewährung des Rechtes kann aber auch den einzigen Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers bilden, so beim Verkauf von Forderungen, beim Verkauf von Wertpapieren, bei welchen sich das am Papier haftende Recht in erster Linie als Kaufgegenstand erweist (Entscheidung des R.G. X Nr. 46, S.A. XXII, 35 vergl. mit XXX, 238), endlich beim Verkauf von Urheber- und Patentrechten. Den Kauf solcher Rechte ziehen wir hier in Betracht.

Als Parallelstellen über die Haftung des Verkäufers im Fall des Verkaufs einer Forderung sind zu citieren fürs gemeine Recht: l. 4, l. 5 D. 18, 4 und l. 74 § 3 D. h. t.: „qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit non ut exigi etiam aliquid possit et dolum praestare cogitur“;

fürs B.G.B. § 437, 1:

„Der Verkäufer einer Forderung haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung“ (dazu § 438).

Das gemeine und das geltende Recht lassen danach übereinstimmend den Verkäufer einer Forderung im Zweifel nur für die Verität, nicht auch für die Bonität der Forderung einstehen, ohne dass jedoch der Satz hier wie dort auf andere forderungsübertragende Rechtsgeschäfte auszudehnen wäre (S.A. XI, 62 Anm.: Mot. II S. 125). Für den Fall, dass der Verkäufer für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners garantiert, ist — wiederum im Zweifel — nach B.G.B. § 438, der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ins Auge zu fassen, so dass eine später eintretende Zahlungs-

mit Abtretung des Herausgabeanspruchs seiner in § 433 festgelegten Übergabepflicht nicht genügt, denn diese ist **Pflicht** zu thatsächlicher Aushändigung der Sache.

unfähigkeit des Schuldners den Verkäufer nicht haftbar macht. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob beim Kauf einer zur Zeit des Kaufschlusses überhaupt nicht existenten Forderung ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter, deshalb nichtiger Vertrag vorliege (S. A. XXII, 35, XXX, 238, dagegen XIX, 231), der Verkäufer demgemäss nur zur Rückgabe des Kaufpreises und, falls ihm eine culpa in contrahendo zur Last fällt, zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet sei, entscheidet das B.G.B. dahin, dass der Verkäufer für den rechtlichen Bestand der Forderung, also auf das Erfüllungsinteresse haftet, indem es dabei von der Erwägung ausgeht, dass unabhängig davon, ob die Voraussetzungen eines gültigen Vertrages vorliegen, doch die Garantie für die Erfüllung desselben — in Beachtung von § 134 — übernommen werden, und dann konsequenterweise auch nötigenfalls gesetzlich zur Pflicht gemacht werden kann (s. Plank ad. § 306, 2). Ausser für den Bestand der Forderung haftet der Verkäufer auch dafür, dass nicht fremde Rechte an derselben geltendgemacht werden können (§ 434) und dass er nicht beim Verkauf durch ein gesetzliches Veräusserungsverbot beschränkt war. Nach Art eines vom Verkäufer zu vertretenden Rechtsmangels wird auch der Fall behandelt, dass ein verkauftes Wertpapier durch erfolgte Aufgebotserklärung der Gefahr des Untergangs ausgesetzt ist. Das Aufgebotsverfahren muss aber im Moment des Kaufabschlusses schon eingeleitet sein (Beweis nach § 442) und — da sich die Vorschrift aus einer dem Verkäufer auferlegten Kontrollpflicht betreffs des Papiers erklärt — auch öffentlich bekanntgeworden sein, um den Regress des Käufers zu begründen. Das vom Verkäufer im Fall der Nichterfüllung der genannten Verbindlichkeit zu leistende Interesse mag schon hier bemerkt werden, beläuft sich stets auf das volle Interesse des Käufers, abweichend vom gemeinen Recht, da die Vorschrift der lex Anastasiana, dass der debitor cessus dem Cessionar nur in Höhe des von diesem gezahlten Kaufpreises verpflichtet sein soll, im B.G.B. keinen Eingang gefunden hat (Haidlen I S. 509).*)

Die Anwendung der für die Haftung des Verkäufers einer Forderung geltenden Grundsätze (§ 437 Abs. 1) auf den Verkäufer

*) Aufgehoben für Württemberg schon durch württ. Pfandgesetz Art. 14. Sodann durch H.G.B. Art. 299.

eines Urheberrechts macht keine Schwierigkeit. Bei Veräusserungsverträgen, welche ein Patent*) zum Gegenstand haben, ist bezüglich der Haftung des Veräusserers zu unterscheiden, ob ein eigentlicher Patentverkauf d. h. Verkauf des Patentrechtes,**) selbst vorliegt oder ein sogenannter „Licenzvertrag“.***)

Für den Verkäufer eines Patentrechts ergiebt sich aus § 433 die Pflicht zur Verschaffung des Rechtes, aus § 437 die Pflicht zur Gewährleistung für den rechtlichen Bestand desselben. Danach haftet der Verkäufer dem Käufer nach § 440 Abs. 1 jedenfalls dann, wenn der Vertrag über ein gar nicht bestehendes, absolut nichtiges Patent geschlossen worden ist. Nicht ganz so glatt liegt der praktisch wichtigere Fall, dass ein gültig verliehenes, demnächst verkauftes Patentrecht wegen mangelnder Neuheit der Erfindung für nichtig erklärt worden ist. Die Nichtigkeitserklärung wirkt zurück und es ist nach den Motiven zum Patentgesetz S. 25 die Rechtslage so anzusehen, als ob überhaupt ein gesetzlicher Schutz für die Erfindung nicht bestanden habe. Es kann gefragt werden, ob der Patentkäufer auf diesen Umstand eine Einrede gegen die Kaufpreisforderung gründen kann. Das Reichsgericht (R.G. XX, 29) hat diese Frage unter der Herrschaft des alten Rechts (A. L.) verneint, indem es mit Recht annahm, dass trotz der Fiktion der Rückwirkung, der den Gegenstand des Kaufvertrags bildende Patentschutz dem Käufer thatsächlich gewährt worden sei und der Verkäufer pro praeterito jedenfalls seiner Leistungspflicht völlig genügt habe.†) Nach dem Rechte des B.G.B. jedoch dürfte infolge der hier erweiterten Gewährleistungspflicht des Verkäufers in gleichliegenden Fällen anders zu entscheiden sein. Der Verkäufer eines Rechtes ist aus dem Vertrag

*) Patentrechtliche Litteratur s. bei Laband Staatsrechte, II. Band ad § 79. — Zum folgenden vergl. insbesondere R.G. XXIX, 16, XX, 29, XVII, 12.

**) Über die Natur des Patentrechts vergl. Laband a. a. O. § 79, 1. — Über das Verhältnis des Patentrechts zu dem sogenannten Erfinderrecht vergl. insbesondere R.G. XXIX, 16. Über den rechtlichen Schutz des letzteren vergl. l. 6 § 3 D. 5, 3, B.G.B. § 826, § 687 Abs. 2; über seine Veräusserlichkeit Kohler Patentrecht, S. 79, 80.

***) Über die rechtliche Natur des Licenzvertrags vergl. R.G. XVII No. 12 Zeile 16 ff.

†) Darüber, ob der Verkäufer den Umstand, dass das Patentrecht pro futuro wegfällt, zu vertreten hat, spricht sich das R.G. in der cit. Entscheidung nicht aus.

verpflichtet zur Verschaffung des Rechtes (§ 433) und haftet aus dem Vertrag nach § 437 für den rechtlichen Bestand desselben. Der Verkäufer hat dieser Gewährspflicht entsprechend den Umstand, dass das Patentrecht durch die Nichtigkeitserklärung (mit rückwirkender Kraft) aufgehoben d. h. als ein dem Rechte nach nie existent gewordenes dargethan wird, zu vertreten*) und es stehen dem Käufer des Patentes diesfalls die Rechte des § 440 Abs. 1 zu. Der Käufer hat also insbesondere auch insoweit, als ihm thatsächlich Patentschutz bereits gewährt worden ist, ein Rücktrittsrecht gegenüber dem Verkäufer. Macht er dieses geltend, so ist er nach § 346 dem Verkäufer rückerstattungspflichtig.

Im Gegensatz zu dem eben für den Verkauf eines Patentrechts Ausgeführten kann bei den oben genannten Licenzverträgen, eben weil sie nicht Rechtsübertragung auf den Licenzerwerber, vielmehr Rechtsverzicht**) gegenüber dem Licenzerwerber zum Inhalt haben, von einer Rechtsverschaffungs- und dementsprechender Rechtsgewährspflicht des Veräusserers keine Rede sein.***) Mangels eines solchen fehlt es aber auch an einer Grundlage, den Patentinhaber wegen nachträglicher Nichtigkeitserklärung des Patentes haftbar zu machen.†) Die Prinzipien der Entscheidung sind daher in diesen Fällen unter dem neuen Recht die gleichen wie

*) Die Gewährspflicht für künftige Nichtigkeitserklärung kann natürlich durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.

**) Verzicht des Patentinhabers auf sein patentartiges Verbietungsrecht.

***) Vergl. Schall, Die Prozesse des Professors Dr. A. Mitscherlich in Freiburg i. B. gegen die Käufer seines Celluloseverfahrens, übersichtlich dargestellt, S. 48, 49.

†) Der VI. Civilsenat des R.G. führt in seinem Urteil vom 28. Mai 1888 (das Urteil ist bei Schall a. a. O. S. 49 im Auszug abgedruckt) hierüber folgendes aus:

„Die Grundsätze der Eviktion können . . . keine Anwendung finden, weil nämlich diese Grundsätze nur bei solchen Verträgen Platz greifen, durch welche ein Recht an einer Sache, welches Anspruch auf ein Haben dieser Sache giebt, übertragen wird, um einen solchen Vertrag es sich aber im vorliegenden Fall nicht handelt. Nach sonstigen Rechtsgrundsätzen würde aber ein Ersatzanspruch des Beklagten (Käufers), ein Verschulden des Klägers (Verkäufers) voraussetzen — — — — — — — Erscheint die Vernichtung des Patentes an sich als unverschuldeter Zufall und ist dieselbe dem Kläger nur unter der Voraussetzung, dass er die fragliche Kenntnis (von der mangelnden Neuigkeit der Erfindung) hatte, zum Verschulden anzurechnen, so war es Sache des Beklagten, diese Voraussetzung eines Ersatzanspruchs darzuthun.“

unter dem früheren. Eine Einwirkung der veränderten Gestaltung der Gewährspflicht des Verkäufers macht sich hier nicht wie beim Verkauf eines Patentrechts bemerklich.

§ 15.

3. Beim Kauf einer Sachgesamtheit, einer Erbschaft insbesondere.

Das gemeine Recht unterschied zwischen universitates facti und universitates juris. Der letztere Begriff ist dem B.G.B. fremd. Inbegriffe von Sachen sind zum Teil zum Gegenstand besonderer Vorschriften gemacht worden (§§ 311, 312, 2018 ff.; auch in § 92 Abs. 2 ist der Begriff verwendet). Für die Frage der Entwehrung einzelner Sachen aus einer Gesamtheit ist jener Unterschied belanglos (Sintenis II S. 624 Anm. 147), da schon der Begriff der universitas die leitenden Gesichtspunkte der Beurteilung an die Hand giebt. Fernerhin sind diese aber auch die gleichen, ob man nun der universitas eine selbständige rechtliche Existenz zuschreibt oder ob sie wie im B.G.B. nur formell durch die Kollektivbezeichnung mehrerer einzelner Sachen vorhanden ist. Als allgemeine Regel gilt, dass nur für das Gewähr zu leisten ist, was nach der Absicht des Vertrags ausdrücklich zur Sachgesamtheit gehört. Sehr augenscheinlich wird das Verhältnis von l. 5 D. h. t. dargestellt: „Servi venditor peculium accessurum dixit. Si vicarius evictus sit, nihil praestiturum venditorem Labeo ait, quia sive non fuit in peculio non accesserit, sive fuerit, injuriam a judice emtor passus est, aliter atque si nominatim servum accedere dixisset; tunc enim praestare deberet in peculio eum esse." — Vergl. dazu B.G.B. § 926. Die Stelle sagt alternativ: „Wird etwas aus einer Gesamtheit evinciert, so haftet der Verkäufer nicht; denn wird es mit Recht evinciert, so gehört es nicht zu der Gesamtheit, ist also auch nicht mitverkauft, gehört es aber dazu und wird trotzdem evinciert, so hat der Verkäufer den richterlichen Irrtum nicht zu vertreten — ausgenommen", fährt die Stelle fort, „wenn der Verkäufer die Zugehörigkeit versprochen hat." Dies ist sowohl in der Weise möglich, dass der Gegenstand speziell genannt wird, wie auch in der, dass er durch die Kollektivbezeichnung ausdrücklich mitgetroffen wurde.

Dieselben Grundsätze finden auch Anwendung bei der Entwehrung einzelner Erbschaftssachen, übereinstimmend im gemeinen und im bürgerlichen Recht (l. 1 Cod. h. t.).

Emtor hereditatis rem a possessoribus sumptu ac periculo suo persequi debet, evictio quoque non praestatur in singulis, cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

Ebenso B.G.B. argumentum e contrario aus § 2376.

Ob in der Errichtung eines Inventars schon die Übernahme einer erweiterten Prästationspflicht zu sehen ist, beurteilt sich nach den Umständen des konkreten Falls.

Im B.G.B. ist der Erbschaftskauf mit Rücksicht auf die Eigenart des Kaufgegenstands und abweichend vom I. Entwurf an besonderer Stelle geregelt, aber durch § 445 den Vorschriften über den Kauf in weitem Masse unterstellt. Die Verpflichtung des Erbschaftsverkäufers zur Gewährleistung ist besonders geregelt (§ 2376).

Im Anschluss an das gemeine Recht fasst das B.G.B. den Erbschaftskauf auf als Übertragung der Erbschaft in das Vermögen des Käufers kraft des dem Verkäufer zukommenden (nicht mit übergehenden) Erbrechts. Vor allem hat also der Verkäufer dafür einzustehen, dass diese Voraussetzung in seiner Person zutreffe (l. 7—9, l. 13—16 D. 18, 4, l. 1 C. h. t., B.G.B. § 2376). Für den Fall, dass eine gar nicht existierende Erbschaft verkauft wird s. l. 8 D. 18, 4, B.G.B. § 306 und vergl. oben S. 43. Hier liegt ein ungültiger Vertrag vor. Eine Gewährspflicht des Verkäufers für den Bestand der Erbschaft nach Analogie des § 437 findet nicht statt.

Steht dem Verkäufer das Erbrecht und die Befugnis zur Übertragung der Erbschaft zu, so geht diese nach gemeinem Recht, wie sie ist, auf den Käufer über (l. 2 § 9 D. 18, 4).

„Sicuti lucrum omne ad emptorem heredidatis respicit ita damnum quoque debet ad eundem respicere“.

Namentlich haftet der Verkäufer nicht für Erbschaftsschulden, Vermächtnisse und andere Auflagen. Das B.G.B. weicht hier ab und unterscheidet zwischen spezifischen Erbschaftslasten und sonstigen Nachlassverbindlichkeiten.

In dem Vorhandensein der ersteren, Vermächtnisse, Auflagen etc, cf. § 2376, wird ein Rechtsmangel gefunden, für den der Verkäufer einzustehen hat. Die Aufzählung der nach § 2376 gewährspflichtig machenden Rechtsmängel ist keine exempli-

ficierende, sondern eine erschöpfende Aufzählung (Motive II S. 359, Haidlen IV S. 409).

Hervorzuheben ist die Haftung des Verkäufers auch dafür, dass das Inventarrecht dem Käufer nicht nach § 1993 oder 2005 verloren ist. Auch diese Vorschriften unterliegen sämtlich der Parteidisposition. §§ 439, 443 finden Anwendung.

b) Das Hervortreten der Rechtsmängel, das die Haftung begründet.

§ 16.

Bisher sind hypothetisch die Rechtsmängel festgestellt worden, deren Vorhandensein in der Person des Auktors einen Gewährsanspruch des Successors zu begründen vermag. Wir gehen nun zunächst zu dem Einfluss über, den der auf den Kauf folgende Übertragungsakt auf die Existenz dieser Rechte hat, genauer zu den Bedingungen des Wiederhervortretens dieser Rechte in der Person des Käufers. Denn der Satz ist von allgemeiner Bedeutung, dass der Käufer regressberechtigt ist nur wegen Ansprüchen, die ihm aus dem mangelnden Recht des Verkäufers entgegenstehen.

a) Die Möglichkeit des Hervortretens von Rechtsmängeln.

Sie beurteilt sich fürs gemeine Recht nach den mit voller Konsequenz durchgeführten römischen Sätzen über den Rechtserwerb:

„nemo plus juris transferre potest quam ipse habet“ und „res transit cum sua causa“.

Von diesem Satz ist nach römischem Recht nur eine Ausnahme zu machen, nämlich für den Fall des Erwerbes vom Fiskus, dem Regenten oder der Regentin (§ 14 Inst. 2, 6; gemeinrechtlich auf den Erwerb vom Fiskus eingeschränkt S. A. Bd. V. Nr. 108, 109). Abgesehen von diesem Fall gehen die vitia in jure auctoris trotz guten Glaubens auf den Käufer über und der Rechtserwerb kann erst durch nachfolgende Ersitzung vollzogen werden. Gelingt diese, so wird der Verkäufer, der durch seine Leistung die Ersitzungsmöglichkeit verschafft hat, frei:

l. 54 D. h. t. Qui alienam rem vendidit post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione.

l. 19 C. 8, 45.

Nach B.G.B. kommt für den Rechtserwerb ein anderes Prinzip zur Anwendung, das durch die deutsche Rechtsparömie „Hand wahre Hand“ gekennzeichnet wird und die Verweisung des Eigentümers mit seiner Vindikation an den nichtberechtigten Veräusserer enthält und damit den gutgläubigen Erwerb Dritter ausspricht: § 932. Der Eigentumserwerb ist ein voller und hat das Erlöschen auch anderer rechtlicher Belastungen der Sache zur Folge (§ 936). Unfähig, gutgläubig erworben zu werden, ist — in Konsequenz des Hand-wahre-Handprinzips — die gestohlene, verlorene, bezw. dem Eigentümer ohne seinen Willen abhanden gekommene Sache: § 935, mit der für die Inhaberpapiere, Geld und öffentlich versteigerte Sachen gemachten Ausnahme. Der gute Glaube, auf dessen Wesen hier nicht näher einzugehen ist (vergl. Wendt a. a. O. S. 2 ff. u. oben S. 24 Anm.), lässt sich im allgemeinen bezeichnen als ein nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhender Irrtum des Erwerbers im Eigentum des Veräusserers. Nutzlos ist der gute Glaube, wenn sich der Irrtum auf die Geschäftsfähigkeit des Veräusserers erstreckt oder auf die Befugnis desselben zur Veräusserung, im letzteren Fall, wenn sich der Irrtum bei richtiger Beurteilung der Eigentumsverhältnisse in der Person des Veräussernden gerade als Irrtum in der Vertretungsmacht spezialisiert (a. M. Wendt a. a. O. S. 71). Jenen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb an beweglichen Sachen schliessen sich gleichartig an die auf der publica fides des Grundbuchs beruhenden Sätze über den Rechtserwerb an Grundstücken im Vertrauen auf das Grundbuch (§ 892 vergl. § 2366). Endlich ist in diesem Zusammenhang noch der in § 1242 enthaltene Rechtssatz zu erwähnen, dass durch rechtmässige (vergl. § 1243) Pfandveräusserung der Erwerber die gleichen Rechte erlangt, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte; dies auch dann, wenn der Verpfänder nicht Eigentümer ist.*)

---

*) Dieser Erwerb erfordert zweierlei:

1. Rechtmässigkeit der Pfandveräusserung (1243);
2. Veräusserung eines Pfandes d. h. einer Sache, an welcher das Pfandrecht, auf Grund dessen veräussert wird, thatsächlich besteht. Deswegen kann bei den dem Eigentümer gestohlenen oder verlorengegangenen, später verpfändeten Sachen, die Anwendung dieser Vorschrift nicht in Frage kommen (vergl. § 1207, § 935 und unten § 24).

Nicht wird dagegen zum Eigentumserwerb auf Grund dieser Vorschrift

Der Übergang von Mängeln im Recht des Auktors auf den Erwerber und die Entstehung der bezüglichen Gewährsansprüche des letzteren*) beschränkt sich danach fürs B.G.B. im wesentlichen auf den Fall des Kaufs einer gestohlenen oder verlorenen Sache und den Kauf in Kenntnis des Rechtsmangels des Veräussernden, welcher Kenntnis beim Kauf von beweglichen Sachen die Unkenntnis infolge von grober Fahrlässigkeit gleichsteht (bezüglich der weiteren Einschränkung durch § 439 s. unten § 24). Die unbeschränkte Möglichkeit der Geltendmachung nicht ins Grundbuch einzutragender Rechte an der Sache auch gegen den Erwerber wurde schon gelegentlich hervorgehoben. Ebenso giebt es beim Kauf beweglicher Fälle, in denen das Erlöschen eines gegen den Käufer geltendzumachenden Rechtes durch gutgläubigen Erwerb nach der Natur dieses Rechtes ausgeschlossen ist (z. B. oben § 13, γ, 1—3).

Nach der Feststellung des Rahmens, in dem das Hervortreten von Mängeln im Recht des Verkäufers in der Person des Käufers denkbar ist, ist festzustellen nunmehr

b) die Art des Hervortretens der Rechtsmängel, die den Regress begründet.

Nach der verschiedenen Natur der verkäuferischen Verpflichtung ergiebt sich ein verschiedenes Resultat im gemeinen Recht und im B.G.B.

§ 17.

I. Im gemeinen Recht.

Der Verkäufer ist dem Käufer nicht zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet, sondern nur zur Bewirkung des äusseren Erfolgs der Übertragung des Eigentums, d. h. er muss dem Käufer die sämtlichen rechtlichen und thatsächlichen Vorteile garantieren,

---

guter Glaube erfordert. Dieser Eigentumserwerb ist denn auch nicht wie der gutgläubige Erwerb des § 932 ein vorwiegend originärer, sondern ein derivativer Erwerb: Eigentums kraft Pfandrechts.

*) Die Berufung auf den gutgläubigen Erwerb hat selbstverständlich nicht bloss der Erwerber, sondern auch der Veräusserer und es ist ersterem nicht anheimgegeben, ob er sich seinen guten Glauben zu nutz machen will oder nicht. Hat daher der gutgläubige Erwerber, nicht wissend, dass er nach dem Gesetz Eigentümer geworden ist, die gekaufte Sache dem früheren Eigentümer mit Rücksicht auf dessen vermeintliches Recht herausgegeben, so hat er keinen Gewährsanspruch, aber eventuell eine Bereicherungsklage gegen den Verkäufer.

die er haben würde, wenn er, der Verkäufer, Eigentümer gewesen wäre. Daraus folgt, dass er aus der Thatsache des nicht verschafften Eigentums dem Käufer nicht verhaftet wird, solange das bestehende Recht des Dritten in Ruhe verharrt und der Rechtsmangel nicht sonstwie spürbar wird (vergl. l. 35 § 4 D. 18, 4).

In weiterer Fortentwicklung führt dann dieser Satz dazu, dass der Verkäufer von jeder Haftung frei wird, wenn die Sache untergegangen oder durch ein dem Untergang gleich zu behandelndes Ereignis dem Käufer verloren worden ist.

l. 76 D. h. t.: Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet.

l. 51 § 2 D. h. t.

Dies deshalb, weil hier der Inhalt des Rechts hinfällig wird, der allein Gegenstand der Gewährleistungspflicht ist. Der Unterschied, der zwischen der Gewährleistung des Erfolgs der Eigentumsübertragung und der Gewährleistung des Rechtes selbst, wie sie das B.G.B. kennt, besteht — ein Unterschied, der vielleicht auf den ersten Blick belanglos scheinen könnte — wird gerade im Fall des Untergangs der Kaufsache nach der Tradition deutlich sichtbar.

Man vergleiche:

l. 26 C. h. t.: Si quis servum tibi vendidit, postquam is rebus humanis exemtus sit, quum evictionis periculum finitum sit a te convenire non potest (cf. l. 21 D. h. t.).

und

B.G.B. § 440 Abs. 2: . . . der Käufer kann wegen des Rechts eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn . . . die Sache untergegangen*) ist.“

Da das Recht selbst zu gewährleisten ist, können auch nach Untergang des materiellen Gehalts desselben aus der Thatsache der Nichtverschaffung die Ansprüche wegen Nichterfüllung geltendgemacht werden.

---

*) Dabei ist, wie unten auszuführen sein wird, zu beachten, dass es für die Zuständigkeit des Schadensersatzanspruches gleichgültig ist, ob der Untergang ein zufälliger oder verschuldeter ist, nicht aber bezüglich des Rücktrittsrechtes des Käufers (§ 351).

Neben der Thatsache der Existenz des Rechtsmangels muss nach gemeinem Recht gefordert werden, dass sich derselbe in bestimmter Weise fühlbar mache. Die charakteristischste Form, in der dies geschehen kann, ist die Entziehung der Kaufsache durch Richterspruch auf Grund des Rechtsmangels: die Eviktion.

Für die actio ex stipulatu war sie als die ausschliessliche, für die actio emti ist sie zwar nicht als die einzige, doch weitaus gewöhnlichste Voraussetzung des Regresses anzusehen.*)

Notwendig ist immer, dass die Entziehung eine Folge eben des festgestellten Rechtsmangels sei. Daher berührt die gewaltsame Entziehung durch einen Dritten den Verkäufer nicht (l. 17 Cod. 4, 49). Deshalb ist, wenn der Verkäufer selbst der Entziehende ist, doch nie die spezifische Gewährschaftsklage gegeben (S. A. XI, 27). Eine Konsequenz aus diesem Prinzip ist es auch, dass die Entziehung der Kaufsache durch einen Schiedsrichterspruch den Käufer noch nicht haftbar macht (l. 56 § 1 D. h. t.). Denn der Schiedsrichter ist von den Parteien gewählter Richter und seine Thätigkeit besteht nicht in der Feststellung von Rechtsverhältnissen durch Anwendung von Rechtssätzen, sondern in der Schlichtung des Streits durch frei waltendes arbitrium. Auf dem gleichen Gedanken beruht der Ausschluss der Haftung des Verkäufers, wenn der Eviktionsprozess zwar verlorenging, der Verlust aber nur infolge eines Verschuldens des Käufers oder eines Irrtums des Richters erfolgte (so l. 55 pr. D. h. t. im Fall der Versäumnis des Käufers, l. 51 pr. D. h. t.); denn hier ist ein objektiv nicht existenter Rechtsmangel zu Unrecht festgestellt, die Entziehung auf Grund eines solchen erfolgt. Freilich gilt dieser Ausschluss der Haftung nur beim richterlichen Irrtum als objektiv erwiesener Thatsache. Mangels Beweises muss der Verkäufer natürlich auch wegen einer objektiv ungerechtfertigten Eviktion haften.

Das Hervortreten des fremden Rechts kann sich nach Lage des einzelnen Falls noch verschieden gestalten:

α) die Eviktion trifft den Käufer entweder als Prozesskläger oder als Prozessbeklagten. Letzteres ist die Regel; als Kläger

*) Eine prinzipielle Abweichung von der Regel findet statt, soweit es sich um das Retentionsrecht des Käufers handelt (s. unten § 22).

trifft die Eviktion den Käufer dann, wenn er z. B. mitveräusserte Aktivservituten erfolglos geltendmacht oder wenn die verkaufte, anfangs besessene, ihm später aber abhandengekommene Sache nicht mehr von ihm zurückerlangt werden kann (l. 16 § 1 D. h. t.).

β) Die Eviktion führt entweder zur Entziehung der Kaufsache selbst, oder wenn der Käufer diese verweigert, nach dem Satz omnis condemnatio pecuniaria zur Verurteilung des Käufers in die litis aestimatio. Dass die actio ex stipulatu auch im letzteren Fall zuständig, ist schon oben konstatiert worden (§ 2 Nr. 3). In noch höherem Grade muss dies von der actio emti gelten (l. 21 § 2 D. h. t.).

γ) Die Eviktion kann entweder in der Person des Käufers selbst oder aber in der Person eines zweiten und dritten Abkäufers eintreten (l. 39 l. 61 D. h. t.).

Die Regressansprüche laufen in diesem Fall durch die Kette der Käufer hinauf bis zum primus auctor, jeweils mit Berücksichtigung des Interesses, das der einzelne an der Nichtentwehrung hatte. Ein sprungweiser Regress findet aus naheliegenden Gründen nicht statt.

δ) Unter bestimmten Voraussetzungen können aber Regressansprüche des Käufers auch dann entstehen, wenn der zu gewährleistende Erfolg der Eigentumsübertragung vollständig gewährt erscheint und durch eine Eviktion nicht beeinträchtigt worden ist, nämlich dann, wenn das Eigentum dem ex emto Nichtberechtigten nachträglich durch Erbgang (l. 9 h. t.) oder durch lukrativen Erwerb (l. 29 D. 19, 1) zufällt (vergl. l. 13 § 15 D. 19, 1). Den Verkäufer trifft die Gewährspflicht hier deshalb, weil der zu gewährleistende Erfolg nicht durch den Kauf eingetreten ist. Er haftet auch hier nicht bloss aus der Thatsache des nicht verschafften Rechts. Diese Thatsache hat sich vielmehr sehr bestimmt geäussert. Mit der Bewirkung des ex alia causa möglichen Erwerbs ist die Hinfälligkeit des Erwerbs ex emto offenbar.

§ 18.

II. Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Der Verkäufer ist nach § 433 zur Verschaffung des Eigentums und dementsprechend zur Gewährleistung dieses Rechtes

verpflichtet. Für die Voraussetzungen des Eintritts dieser Gewährspflicht wird im B.G.B. der Unterschied zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen belangreich.

Bei der Veräusserung von Grundstücken macht unter allen Umständen schon das blosse Vorhandensein fremder Rechte der oben § 11 beschriebenen Art den Verkäufer gewährspflichtig. Ja es ist nicht einmal eine reelle Existenz dieser Rechte erforderlich: es genügt unter Umständen, wenn dieselben auf dem Papier stehen: § 435. Der Verkäufer muss dem Käufer „ein reines Grundbuchblatt" gewähren.

Die gleichen Grundsätze, wie beim Grundstückskauf, finden beim Kauf von Forderungen Anwendung. Das B.G.B. befindet sich hier in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht, das gleichfalls bezüglich des Forderungskaufs das Eviktionsprinzip nicht vertreten hat.

Eine Einschränkung gilt für den Kauf von beweglichen Sachen und Rechten, die zum Besitz solcher berechtigen (§ 440 Abs. 2—4 § 441). Um eine Einschränkung im Sinne einer begrenzten Aufstellung des „Eviktionsprinzips" handelt es sich jedoch nicht. Freilich wird ja auch im gemeinen Recht die Gewährspflicht des Verkäufers abusiv ganz allgemein als Haftung für Eviktion bezeichnet, obwohl sie sich streng genommen nur für das Recht der duplae stipulatio in dieser Weise beschränkt. Immerhin aber ist hier die Erinnerung daran, dass „evictio" Entziehung durch Prozess bedeutet, noch lebendig, indem, abgesehen von den Fällen, wo infolge Zusammenfallens der Personen, die im Eviktionsprozess als Gegenparteien aufzutreten hätten, solcher überhaupt unmöglich ist, immer wenigstens die Prozessbereitschaft des Berechtigten gegenüber dem Käufer als Voraussetzung des Regressanspruchs des letzteren gefordert wird und die Herausgabe der Sache aus eigener Initiative („sponte") den Verkäufer unter Umständen befreit (vergl. l. 29 § 1 D. h. t. und Bekker S. 288, 291). Den gemeinrechtlichen Standpunkt hat bekanntlich (cf. ob. § 3, 2) der I. Entwurf geteilt und nur hinsichtlich des Hervortretens eingetragener Rechte an Grundstücken eine Ausnahme gemacht (I § 378). Der Käufer hatte nach dieser anfänglichen Regelung, wenn ihm das Recht nicht verschafft war, nur ein Retentionsrecht an der eigenen Leistung und den Anspruch auf Erfüllung. Letzterer aber hätte

sich in vielen Fällen als wertlos erwiesen, sofern, wenn auch der Verkäufer auf Klage des Käufers zur Erfüllung verurteilt wird, eine Vollstreckung aus dem Urteil doch häufig unmöglich ist, nämlich immer dann, wenn die Rechtsverschaffung nicht durch Handlung des Schuldners erwirkt werden kann (C.P.O. § 888, Gaupp III S. 412 3. Aufl.). Die Ansprüche wegen Nichterfüllung, Schadensersatzanspruch und Rücktrittsrecht waren erst mit der erfolgreichen Geltendmachung des fremden Rechtes gegeben. Erst in der zweiten Lesung wurden dann beim Kauf von Grundstücken, Forderungen und ähnlichen Rechten die vollen Konsequenzen aus dem Verschaffungsprinzip gezogen.

Nur beim Kauf von beweglichen Sachen und Rechten an solchen wird eine den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einschränkende Ausnahme gemacht. Aber auch hier wird das gemeinrechtliche Eviktionsprinzip vollständig aufgegeben und es kommt dem vom B.G.B. eingenommenen Standpunkt nur eine oberflächliche Ähnlichkeit mit dem gemeinrechtlichen zu. Der Gesetzesinhalt wird deshalb zum mindesten in ein schiefes Licht gerückt, wenn man, wie vielfach bei Erwähnung dieses Punkts geschieht, sagt „bezüglich der beweglichen Sachen wurde das alte Entwehrungsrecht festgehalten". *)

Das Gesetz sieht von dem Erfordernis der Inanspruchnahme des Sachbesitzes durch den dritten Berechtigten als Voraussetzung des Regresses, also von einem Erfordernis, das fürs gemeine Recht charakteristisch war, durchaus ab. Noch der I. Entwurf (§ 375) giebt den Regressanspruch erst, wenn der Dritte sein Recht „im Prozess verfolgt hat" oder wenn der Käufer das Recht des Dritten als begründet anerkannt hat", was wiederum wenigstens die Behauptung des Rechtes von seiten des Dritten voraussetzt. Der Dritte muss — das ist auch die Meinung der Motive II S. 219 — sein Recht bethätigen wollen. Das B.G.B. weiss davon nichts. Der Käufer kann sich „sua sponte", d. h. nicht bloss freiwillig („ultro"), sondern auch aus eigener Initiative des Besitzes der fremden

*) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 10; unrichtig auch Örtmann, Comm. ad § 440 S. 162: es sei „mit dem Eviktionsprinzip bei Mobilien immerhin teilweise gebrochen"; und Dollinger S. 68: § 440 Abs. 2 bedeute eine Annäherung an das Eviktionssystem. Richtig Endemann S. 700.

Sache entledigen und dann sofort seine Rechte geltendmachen. Dies ebenso, wenn die Sache untergegangen ist (dagegen das gemeine Recht: l. 26 C. h. t. cf. ob. S. 51). Auch steht dem Käufer beachtenswerterweise und im Gegensatz zum I. Entwurf bedingungslos das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung zu, da hier die Gründe nicht vorliegen, die zum Ausschluss des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung führen. Lediglich der letztere ist während der Besitzinnehabung des Käufers paralysiert in Erwägung, dass sich das Interesse am fehlenden leeren Recht schwer bemessen lässt*) und es auch ungerechtfertigt erscheint, dem Käufer eine Entschädigung zu gewähren, während er noch besitzt und vielleicht immer besitzen wird. Nicht kann der besitzende Käufer nicht klagen, sondern er darf nicht klagen. Der Unterschied gegenüber dem gemeinen Recht und dem ersten Entwurf ist offenkundig. Wenn hier der Käufer auf Grund nicht verschafften Rechtes wegen Nichterfüllung klagte, solange er im Besitz der Sache war, so konnte der beklagte Verkäufer den Klaggrund leugnen, da noch nicht entwehrt sei, nach der neuen Regelung kann der Beklagte den Klaggrund dahingestellt sein lassen oder zugeben, jedenfalls hat er eine exceptio doli, der Käufer verstosse gegen die Billigkeit, wenn er fordere, solange er noch im Genuss der Sache sei. Mit dem Besitzverlust fällt auch das Klaghindernis weg. Über die Art dieses Besitzverlustes giebt das Gesetz zwar Andeutungen**), ein Eviktionsprinzip kann daraus aber nicht heraus-

*) Vergl. Anm. **) am Schluss.

**) § 440 sagt nicht allgemein: „der Schadensersatzanspruch kann erst geltendgemacht werden, wenn der Käufer den Besitz der Kaufsache verloren hat", sondern exemplificiert, „wenn er die Sache herausgegeben hat", „wenn er sie dem Verkäufer zurückgewährt hat", „wenn die Sache untergegangen ist". Nichtsdestoweniger enthält § 440 Abs. 2 thatsächlich den vorgenannten allgemeinen Satz und knüpft die Zuständigkeit des Schadensersatzanspruchs nicht an die Voraussetzung, dass der Besitzverlust in einer der im § 440 Abs. 2 genannten Arten eingetreten sei. Dies einfach deshalb, weil die Aufzählung der Arten des Besitzverlustes in § 440 Abs. 2 eine vollständige sein sollte und dies auch insofern ist, als die etwa nicht erwähnten möglichen Besitzesverlustfälle doch jedenfalls dem erwähnten Fall des Untergangs der Kaufsache, der auch vom Käufer verschuldet sein kann, durch Schluss a majori ad minus gleichzustellen sind. Dies trifft zu für den thatsächlich vergessenen Fall des Weiterverkaufs der gekauften Sache

gelesen werden. Der Käufer kann die Sache dem dritten Berechtigten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgeben. Die Fassung des Gesetzes trifft sowohl den Fall, wo dies auf Anfordern des Dritten, wie den, wo es aus eigenem Antrieb des Käufers geschieht. Der Käufer braucht jedoch die Person des dritten Berechtigten nicht einmal ausfindig zu machen. Er kann auch direkt an den Verkäufer zurückgeben und im Anschluss daran seinen Schadensersatzanspruch geltendmachen. Ist für ihn Unmöglichkeit der Rückgabe eingetreten, weil er die Sache durch gewaltsame Entziehung (Diebstahl) verloren oder aber vertragsmässig aus der Hand gegeben hat (verliehen, vermietet, bezüglich des Verkaufs vergl. vor. Anm.), so genügt an Stelle der Rückgewähr in corpore die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 440, 4). Diese ist aber auch erforderlich. Es wird also, was die Hemmung des Schadensersatzanspruchs betrifft, dem Besitze gleichgestellt, einmal, wie natürlich, der mittelbare Besitz, dann aber auch der Fall, dass der Käufer überhaupt noch in der Lage ist, den Besitz wieder zu erlangen. Besitzverlust kann ferner auch infolge des Untergangs der Sache eingetreten sein. Trifft den Käufer eine Schuld an dem Untergang der Sache, so ist der Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen. Er beschränkt sich jedoch in diesem Fall regelmässig auf den Ersatz des durch die mangelnde Rechtsverschaffung erlittenen Schadens, während den Käufer der Schaden des

---

und den ebenfalls vergessenen (auch nicht erwähnenswerten) Fall der Dereliktion der Kaufsache. Steht es fest, dass der Käufer für einen Schaden, den er infolge des mangelnden Rechtes erweislich erlitten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verpflichtung zur Rechtsverschaffung fordern kann, wenn die Sache, sei's auch durch seine Schuld, untergegangen ist, so wäre es unlogisch, den Schadensersatzanspruch dann zu versagen, wenn der Verlust der Sache durch Verkauf oder Dereliktion eingetreten ist (a. M. Dollinger S. 67. Cosack § 125 III, 3). Danach ist der Käufer durch die Vorschrift des § 440 Abs. 2 in seinen Schadensersatzansprüchen immer nur in einer ganz von seinem Willen abhängigen Weise und nur solange beschränkt, als er besitzt, eben weil, solange er mit dem Besitz noch überwiegende Vorteile aus dem Geschäft hat, die auf das fehlende Recht allein gestützte Interesseforderung unangebracht erscheint. Dass die zweite Kommission den letzteren Gesichtspunkt nicht für zutreffend oder neben ihm noch andere für zutreffend hielt, ändert nichts daran, dass er der einzige zutreffende ist.

Untergangs trifft.*) Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit (§ 280 Abs. 2) ist mit Rücksicht auf die in dem cit. Paragraphen angezogene Bestimmung des § 351 ausgeschlossen. Ebenso das Rücktrittsrecht.**)

Ist der Untergang der Sache aber durch Zufall eingetreten, so ist der Käufer voll ersatzberechtigt. Allerdings wird im Fall des Untergangs der Sache das Fundament für einen Schadensersatzanspruch häufig fehlen (vergl. aber ein Beispiel bei Plank ad § 440, 5, c und Haidlen I S. 512). Dagegen wird sich desfalls das Rücktrittsrecht (cf. § 350) als praktisch erweisen.

Dem Besitzverlust der Sache durch Herausgabe oder Untergang steht endlich gleich der anderweitige Erwerb derselben ex causa onerosa vel lucrativa oder durch Erbgang. Es ergab sich dies schon aus gemeinrechtlichen Anschauungen heraus. Der Besitz der Sache beschränkt den Käufer in seinen Ansprüchen aus dem Kauf nicht mehr, weil er sich diesen Besitz nun aus dem Kauf nicht mehr zuschreibt.

B. Die Voraussetzungen der Geltendmachung der Haftung des Verkäufers.

(Beweis. Rolle der Streitverkündung.)

§ 19. §§ 9—18.

Liegen die vorerwähnten Voraussetzungen — fremdes Recht, das in der spezifischen Weise hervorgetreten ist — vor, so ist die erfolgreiche Geltendmachung der Regressrechte des Käufers

*) Ob eine Heranziehung des § 254 in diesem Fall (Plank II ad § 440 5, c) regelmässig gerechtfertigt ist, ist zweifelhaft. Der Schaden, der dem Käufer durch die mangelnde Rechtsverschaffung und der Schaden, der ihm durch den Untergang der Sache entsteht, hängen lediglich äusserlich zusammen durch die gemeinsame Beziehung auf die Kaufsache. Im übrigen sind sie durch ihren Entstehungsgrund, die Zeit ihrer Entstehung unterschieden und in ihrer umfänglichen Abgrenzung auch regelmässig zu unterscheiden. Deshalb ist es regelmässig einfacher, zwei getrennte Schadensfälle anzunehmen, ausgenommen es hätte eine Wechselwirkung stattgefunden, was wenigstens in der Weise denkbar ist, dass durch den vom Käufer verschuldeten Untergang der Sache, der aus der mangelnden Rechtsverschaffung entspringende Schaden beträchtlich gesteigert wird; wie z. B. wenn der Käufer dem Eigentümer der Sache ersatzpflichtig wird.

**) § 440 Abs. 1, § 327, § 351. Falsch Dr. H. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900, S. 45 Anm. 17.

von einer weiteren Voraussetzung als eben der, dass jene Voraussetzungen bewiesen worden, nicht abhängig. Fürs gemeine Recht ist dies nicht unbestritten, denn in den römischen Quellen erscheint ganz allgemein zur Bedingung wirksamen Regresses gegen den Verkäufer gemacht, dass letzterem in dem geführten Eviktionsprozess vom Käufer der Streit verkündet worden sei. (Eine Zusammenstellung der Quellenstellen giebt Bekker S. 296, 297.) Jene Bedingung wird in l. 8 C. h. t. ausserdem noch ausdrücklich sowohl für die actio ex stipulatu, wie für die actio emti ausgesprochen:

„emtor fundi nisi auctori . . . denuntiaverit neque ex dupla neque ex emto actionem contra venditorem habet".

Die Regel muss jedoch eine Einschränkung erleiden. Ohne Ausnahme*) gilt sie nur bei der Klage aus der duplae stipulatio, weil hier die Verpflichtung zur denuntiatio litis in der Formel ausdrücklich genannt und ihre Vornahme somit bei der strikten Geltung der gesprochenen Worte unerlässliche Voraussetzung war. Dagegen ist für die actio emti eine solche Ausnahme zu machen, von der Wissenschaft auch immer gemacht worden, sie steht auch, wenn schon in den Quellen nicht besonders hervorgehoben, doch mit denselben nicht in Widerspruch. Die Quellenstellen, speziell auch die l. 8. cit. sagen nur, dass aus der Thatsache des verlorenen Eviktionsprozesses, wenn keine denuntiatio stattgefunden habe, ein Regressanspruch nicht begründet sei. Dass dieser Regressanspruch noch anders begründet werden könne, wird nicht geleugnet, vielmehr wird diese Annahme geradezu notwendig angesichts von Stellen, welche dem Käufer, der bei zweifellosem Recht des Dritten ohne Prozess herausgiebt, doch den Regress geben, in Fällen also, wo von einer denuntiatio keine Rede sein kann (vergl. Bekker S. 288—292). Ein Eviktionsprozess ist namentlich auch Beweisverfahren hinsichtlich des Rechts des Dritten. Er muss, um unmittelbar den Regress zu begründen, ein gewisses Mass von Beweiskraft in dieser Richtung haben. Dieses nötige Mass aber fehlt jenem Verfahren, wenn darin der Hauptzeuge, nämlich der Verkäufer, fehlt. Denn gerade er ist zur Auskunftserteilung be-

*) Im Sinne einer allgemeinen Ausnahme. Spezielle auch fürs Recht der duplae stip. geltende Ausnahmen sind: Erlass durch Vertrag (l. 63 D. h. t.). Absichtliche Vereitelung der denuntiatio durch den Auktor (l. 55 § 1, l. 56 § 5 D. h. t.), Abwesenheit des Auktors mit unbekanntem Aufenthaltsort (l. 56 § 6 h. t.).

züglich der an der Streitsache bestehenden Rechtsverhältnisse am besten in der Lage. Deshalb beweist dem allein prozessierenden Käufer das Eviktionsurteil nichts (l. 53 § 1 D. h. t. „quoniam parum instructus esset"). Soll man ihm aber darum nicht anderweitigen Beweis gestatten? Man wird dies ebenso müssen, wie man ihm dann, wenn er bei offenkundigem Recht des Dritten ohne Prozess herausgiebt, den Beweis bezüglich des ungünstigen Ausgangs des hypothetischen Prozesses zulässt. Dem freiwillig herausgebenden Käufer giebt den Regressanspruch ausdrücklich l. 11 § 12 D. 19, 1 („sive defendat noxali judicio sive non"). Ganz den gleichen Fall nennt auch l. 8 C. h. t. Der Käufer verzichtet auf den Prozess, bleibt weg und unterwirft sich der poena confessi (l. 8 cit. „si emtor judicio non adfuit"). Hier wird der Regress versagt. Die Stellen widersprechen sich nicht. Sowenig l. 11 cit. dem Käufer den Regress ohne Beweis geben will, sowenig will l. 8 cit. den Käufer, der den Beweis nachholt, mit dem Recht ausschliessen. In gleicher Weise kann auch bei unterbliebener denuntiatio der Ausschluss des Regresses, wie ihn l. 8 cit. in dem dem vorerwähnten vorhergehenden Satze ausspricht, nur bedingt gemeint sein.

Mit Recht aber wird im Fall unterlassener Streitverkündung dem Käufer der Beweis auferlegt (a. M. Windscheid § 391 Anm. 12). Der Eviktionsanspruch ist nach gemeinem Recht Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, nicht Erfüllungsanspruch,*) und deshalb liegt dem Regresskläger der Beweis auf, welcher nach dem oben Ausgeführten enthält den Beweis des besseren Rechtes und der Prozessbereitschaft (l. 11 § 12 D. 19, 1, s. ob. S. 54 vergl. Bekker S. 291) des Dritten. Dieser Beweis wird in seinem ganzen Umfang dem Käufer durch den Eviktionsprozess selbst abgenommen. Allein kraft positiver Vorschrift und aus den erwähnten Gründen soll dies nur der Fall sein, wenn der Streit verkündet war. Ist das nicht geschehen, so ist weiterer besserer Beweis zu gewärtigen.

Auf ganz entsprechender Grundlage baut das B.G.B. Eine Streitverkündung ist auch hier nicht Voraussetzung der Geltendmachung der Regressrechte des Käufers und die Nennung des Instituts ist im B.G.B. vollständig unterblieben, da für den

*) In welchem Fall nach allgemeinen Grundsätzen den Verkäufer der Beweis träfe, dass schon erfüllt sei.

Regress des Käufers die prozessuale Geltendmachung des Rechtes des Dritten auch nicht mehr in dem abgeschwächten Sinn des gemeinen Rechts Erfordernis ist. Dagegen ist in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht dem Gewährleistung fordernden Käufer der Beweis des fremden Rechtes auferlegt worden (§ 442) in Abweichung von den allgemeinen Beweisregeln*) und hierin, nicht in der Vorschrift des § 440 Abs. 2 ist eine Konzession des neuen Rechts an den gemeinrechtlichen Eviktionsstandpunkt zu sehen. Opportunitätsgesichtspunkte rechtfertigen die Ausnahme. Dem Käufer die Beweislast aufzulegen, bedeutet eine gerechte praktische Einschränkung der weitgehenden Befugnis desselben, schon wegen des blossen Hervortretens eines fremden Rechtes den Verkäufer zu belangen, indem damit, wenn anders der Käufer auf einen günstigen Prozessausgang rechnen will, doch wieder eine greifbarere Gestalt des Rechts des Dritten zur Voraussetzung gemacht ist. Namentlich soweit es sich um Rechtsmängel an einer Mobilie handelt, wird der Käufer, wenn schon vorher berechtigt, doch erst nach erfolgter Eviktion in der Lage sein, wirksam gegen den Verkäufer aufzutreten. Der Beweis trifft den Käufer sowohl wenn erfordert als wenn er excipiert (vergl. § 320) und ist Beweis des Rechtsmangels, im Falle einer Schadensersatzforderung wegen eines zum Besitz berechtigenden Rechtes eines Dritten an einer beweglichen Sache nach § 440 Abs. 2 auch Beweis des hinzugetretenen Besitzverlustes. Der Beweis wird dem

*) Dollinger S. 80 nimmt nur eine teilweise Abweichung und zwar für den Fall der einredeweisen Geltendmachung des Rechtsmangels an. Hiebei ist ausser acht gelassen, dass im B.G.B. der Gewährleistungsanspruch wegen Nichterfüllung in erster Linie als Erfüllungsanspruch geltendzumachen ist und jedenfalls immer als solcher geltendgemacht werden kann (§ 283). Dieser ist aber genügend begründet durch den Beweis des Vertragsschlusses. Die Erfüllung des aus dem Vertrag fliessenden Anspruchs hätte nach der Regel der Verkäufer einredeweise, nach § 442 hat ausnahmsweise der Käufer die Nichterfüllung als klagbegründenden Umstand geltendzumachen. Nicht besteht die Ausnahme nur dann, wenn der Gewährleistungsanspruch als Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltendgemacht wird. Denn dieser setzt die Unmöglichkeit der Erfüllung voraus und der Beweis der Unmöglichkeit der Erfüllung, der freilich den Beweis der Nichterfüllung einschliesst, ist immer vom Käufer zu führen. Es ist nun wichtig, sich darüber klar zu sein: durch die prinzipielle Ausnahme des § 442 ist es dem Käufer verschränkt, auch auf dem Weg des § 283 den Beweis des mangelnden Rechtes zu umgehen.

Käufer, wie im gemeinen Recht, erspart durch die prozessuale Entziehung der Sache bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung.

Die Regeln der C.P.O. sind wie schon fürs gemeine Recht so auch fürs B.G.B. massgebend. Die C.P.O. beschränkt sich auf die Festsetzung der Möglichkeit (§ 72) und der prozessualen Folgen der Streitverkündung (§ 74. 68). Die Bestimmung ihrer Notwendigkeit fiele dem Civilrecht zu. Eine solche ist bei Regressansprüchen wegen mangelnder Rechtsverschaffung, wie erwähnt, nicht vorhanden.

Durch die Streitverkündung giebt der Käufer dem Urteil gegenüber dem Verkäufer die ihm an und für sich nicht zukommende Wirkung, als ob dieser baldmöglichst interveniert hätte, und ist damit in der Lage, eine vom Auktor der auf den Prozess gestützten Regressklage entgegengesetzte, die Beweiskraft dieses Prozesses anzweifelnde exceptio mali gesti processus zu entkräften.

II. Art und Umfang der Haftung.

§ 20.

Ist nach den sub I. § 8—19 besprochenen Regeln erweislich ein Mangel im Recht des Käufers hervorgetreten, der vom Verkäufer seiner Gewährspflicht entsprechend zu vertreten ist, so äussert sich seine Haftung darin, dass er vom Käufer entweder neuerdings aus dem Vertrag in Anspruch genommen werden kann (Gewährleistungsanspruch, unten § 21) oder auch der für ihn aus dem Vertrag folgenden Rechte, sei's einstweilen (Retentionsrecht), sei's dauernd (Rücktrittsrecht), verlustig gesetzt werden kann (unten § 22). Vergl. einstweilen l. 8 D., l. 23 Cod. h. t., l. 13 § 9 D. 19, 1, l. 18 § 1 D. 18, 6; B.G.B. § 440 Abs. 1 vergl. mit §§ 320—324; 249—252.

Den Gewährleistungsanspruch und das Retentionsrecht (den ersteren mit unterschiedenem Inhalt) geben beide, das gemeine Recht und das B.G.B. Das Rücktrittsrecht des Käufers ist dem neuen Recht eigentümlich. Angesichts der gemeinrechtlichen Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers war für dasselbe eine praktische Verwendung nicht gegeben.

§ 21.

Der Gewährleistungsanspruch des Käufers.

1. Die Natur des Anspruchs.*) Der Anspruch ist substantiell nichts anderes als der ursprüngliche Anspruch aus dem Kaufvertrag, aber in einem fortgeschrittenen Stadium, das durch den Übergang der Kaufsache in das Vermögen des Käufers eingeleitet wird.**) Je nach der Wirkung, die der Tradition der Sache als solcher vertragsmässig zukommt, lässt sich die Natur möglicher Gewährleistungsansprüche noch verschieden bestimmen. Der gemeinrechtliche Eviktionsanspruch wird von Bekker (Jahrbuch des gem. Rechts Bd. VI., S. 231—235, 301—307) als Anspruch auf Leistung wegen Nichtleistung konstruiert und die bewirkte, aber durch das Hervortreten fremden Rechtes hinfällig gewordene Leistung als Scheinleistung bezeichnet. Diese Ansicht ist für den gemeinrechtlichen Eviktionsanspruch, für den sie aufgestellt wurde, unzutreffend. Der Verkäufer ist dem Käufer nur zur Verschaffung des thatsächlichen Besitzes und Genusses verpflichtet. Dieser Verpflichtung genügt er auch mit einer evinciblen Leistung und diese ist keine Scheinleistung, denn das mit ihr gewährte thatsächliche Haben scheint nicht mehr als es ist (Windscheid § 391 Anm. 32). Wendet man ein, es sei wenigstens der Schein dauernden Behaltens vorhanden, so wird damit ein subjektives Moment hineingetragen, nämlich das Vertrauen des Käufers in die Absicht des Vertrages, das wohl der Grund des Gewährleistungsanspruchs ist, womit sich aber die Bezeichnung der Leistung objektiv als einer Scheinleistung nicht rechtfertigt. Mit der Hingabe zum Besitz ist vielmehr geleistet, die obligatio ad tradendum erlischt und es bleibt nur noch die obligatio ad praestandum, für welche erst mit der neuen Thatsache der Eviktion actio nata ist. Insofern ist der Eviktionsanspruch selbständig und nicht die direkte Fortsetzung des ursprünglichen Vertragsanspruchs, womit die Gleichheit der Substanz beider Ansprüche, d. h. ihr gemeinsames Ziel dem Käufer die Frucht des Vertrags zu sichern nicht geleugnet werden soll. Die Eviktionsklage ist deshalb auch die actio emti. Sie ist

*) Vergl. dazu auch R.G. XVIII S. 331 ff. (Rheinisches Recht).

**) Im B.G.B. ist die Verschiedenheit, wie sofort ausgeführt wird, überhaupt nur eine formelle: Was Anspruch auf Erfüllung ist, wird von dem bezeichneten Zeitpunkt an Anspruch auf Gewährleistung genannt.

Schadensersatzklage (s. u. sub 2) wegen Nichterfüllung. Letzteres nicht deshalb, weil schon vor der Eviktion und durch sie deklariert ein Zustand der Nichterfüllung vorhanden gewesen wäre, sondern weil durch die Eviktion der Zustand der Erfüllung aufgehoben worden ist.

Zu jener abgelehnten Auffassung von der Natur des Eviktionsanspruchs führten Bekker wohl namentlich diejenigen Fälle des gemeinen Rechts, in denen die Verpflichtung des Verkäufers nahe an eine Eigentumsverschaffungspflicht herangeht. Wenigstens wird die Richtigkeit jener Auffassung namentlich aus den betreffenden Stellen herzuleiten versucht (l. 13 § 15 D. 19, 1, l. 84 § 5 D. 30 I, vergl. Bekker a. a. O. S. 235, 304). Und thatsächlich steht auch, wenn der Gewährspflicht des Verkäufers eine Rechtsverschaffungspflicht zum Grund liegt, einer Annahme der Bekkerschen Sätze nichts entgegen; denn dann kann in einem bloss thatsächlichen Haben des Leistungsempfängers allerdings der Schein rechtlichen Gehörens gefunden werden und die rechtlich mangelhafte Leistung als Scheinleistung bezeichnet werden.

Entsteht trotz der bestehenden Rechtsverschaffungspflicht ein Gewährleistungsanspruch erst mit eingetretener Eviktion,*) so hat letztere nicht eine die Erfüllung aufhebende, sondern lediglich die Nichterfüllung mit rechtlicher Bedeutsamkeit deklarierende Wirkung (dies das Verhältnis im I. Entwurf). Entspricht der Rechtsverschaffungspflicht aber, wie im B.G.B., auch eine Rechtsgewährspflicht, so ist die Eviktion nur eine besonders eklatante Form der Feststellung, dass der Vertrag nicht erfüllt ist. Derselbe Effekt kommt auch schon der blossen Evidenz des fremden Rechtes zu. Der Anspruch ist in beiden Fällen ein Anspruch wegen ursprünglicher Nichterfüllung (§ 440 Abs. 1), genauer wegen ursprünglicher teilweiser Nichterfüllung,**) nämlich

*) Das Eviktionsprinzip ist auch mit einem Recht verträglich, das anders als das römische den Verkäufer zur Rechtsverschaffung verpflichtet.

**) a. M. Titze a. a. O. S. 45 Anm. 17. Seine Argumente besagen nichts (s. oben S. 58). Wie angesichts der durch § 443 vorausgesetzten Möglichkeit des Ausschlusses der Gewährspflicht, angesichts der Thatsache, dass im Grundstücksverkehr Sachübergabe und Rechtsverschaffung regelmässig auseinanderfallen, die Behauptung aufgestellt werden kann (Anm. 17 am Schluss) „dass das Gesetz die Verpflichtung des Verkäufers zu Besitz und Rechtsverschaffung als etwas Unteilbares auffasst", verschliesst sich dem Verständnis!

im Punkt der Rechtsverschaffung, es sei denn, dass sich die Verpflichtung des Verkäufers hierin erschöpft, so wenn eine Forderung Kaufgegenstand ist.

Ist hienach Kongruenz des neuen Rechts mit dem gemeinen Recht insofern vorhanden, als hier und dort der Gewährleistungsanspruch ein Anspruch des Käufers wegen Nichterfüllung*) ist, so ist dagegen in mancher Hinsicht verschieden:

2. Der Inhalt des Anspruchs: Nach gemeinem Recht ist mit der Entstehung des Anspruchs, zufolge der Voraussetzungen, an die sie sich knüpft, nämlich Entziehung des habere licere**) der Beweis erbracht, dass Erfüllung nicht sein kann,***) deshalb ist der Anspruch hier inhaltlich stets ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Nach B.G.B. ist dagegen der Anspruch schon mit der puren Existenz dritten Rechtes am Kaufgegenstand gegeben und mit dem Nachweis dieses ist der Nachweis, dass es nicht beseitigt werden könne, noch nicht geführt. Will der Käufer also nicht warten, bis ein den Beweis der Unmöglichkeit einschliessendes Ereignis eingetreten ist, was regelmässig nur beim Mobiliarkauf der Fall sein wird (s. ob. S. 61), so steht ihm der Gewährleistungsanspruch eben als

---

Daraus wird auch Eigenartiges gefolgert (a. a. O. S. 44): „Jede dieser Pflichten ist so wesentlicher Natur, dass dem Verkäufer seine Leistung gänzlich unmöglich ist, wenn er auch nur einer derselben nicht nachzukommen vermag. Kann er die verkaufte Sache nicht übergeben, weil sie ihm gestohlen worden ist, so nützt es ihm nichts, dass er den Käufer wenigstens durch Abtretung der Vindikation zum Eigentümer machen kann“ (vergl. dagegen l. 35 § 4 D. 18, 1, B.G.B. § 281 und Titze selbst Seite 253 Anm. 9). An all dem ist nur soviel richtig, dass eben weil eine Teilleistung vorliegt, diese vom Käufer nicht angenommen zu werden braucht (§ 266) und ihm ausserdem die Befugnis des § 280 Abs. 2 zusteht (vergl. dazu Plank II., S. 54 Ziff. 5).

*) Im gemeinen Recht wegen nachträglich eingetretener, im B.G.B. wegen anfänglich vorhandener Nichterfüllung.

**) oder Erwerb derselben ex alia causa.

***) Bezüglich der Erfordernisse, die an diesen Beweis zu stellen sind, vergl. R.G. Bd. 31 Nr. 38 am Ende. Was dort von der Veräusserung an einen Dritten gesagt ist, gilt in höherem Masse von der Eviktion.

§ 283 Satz 1: „Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann ihm der Gläubiger zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne.“

Anspruch auf Erfüllung, als Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aber, wenn nicht der Weg des § 326 Abs. 1 eingeschlagen wird oder § 326 Abs. 2 zutrifft, erst dann zu, wenn er die Unmöglichkeit der Erfüllung nachgewiesen hat.

Will oder kann der Käufer diesen Beweis nicht führen, so kann und muss er auf Erfüllung klagen. Nach Rechtskraft des den Schuldner hiezu kondemnierenden Erkenntnisses stehen dem Gläubiger die Befugnisse des § 283 zu: Die Frist kann gemäss § 255 C.P.O. in dem Urteil, das auf Erfüllung verurteilt, festgesetzt werden. Damit ist lediglich künftiger Streit über deren Angemessenheit ausgeschlossen (vergl. Gaupp-Stein, 4. Aufl. ad § 255). Dem Erfordernis der Angemessenheit ist in den hier in Frage stehenden Fällen regelmässig auch mit einer ganz kurzen Frist genügt. Die Verschaffung des fehlenden Rechtes, die Beseitigung eines bestehenden Rechtsmangels kann, falls der Verkäufer überhaupt dazu in der Lage ist, regelmässig in Kürze bewirkt werden.

Nach Ablauf der Frist wandelt sich der Anspruch in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Naturalleistung kann nicht mehr bewirkt noch verlangt werden.

Ist nach dem Ausgeführten nicht zu bezweifeln, dass der Gewährleistungsanspruch als Erfüllungsanspruch durch Urteil festgestellt werden kann, obwohl Erfüllung unmöglich ist, eben weil dieser Umstand nicht von Amts wegen beachtlich ist, so ist es andrerseits — in dieser Allgemeinheit — nicht richtig, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung die Verurteilung zu solcher überhaupt nicht hindere. Sie thut es als erwiesene Thatsache. Führt der auf Erfüllung Beklagte den Beweis der Unmöglichkeit der Erfüllung (ihm liegt er diesfalls ob, vergl. Plank II ad § 282), so ist der Kläger, wenn er hartnäckig die Klage nicht ändert, mit der Klage abzuweisen. Es kann weder dem Richter zugemutet werden, ein wertloses Urteil zu erlassen, noch dem Beklagten, die Kosten eines unnützen Verfahrens zu tragen. Übrigens wird der Käufer, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit der Erfüllung behauptet, selten ein Interesse daran haben, auf dieser zu bestehen und die Klage nicht zu ändern.

Die Änderung der Klage auf Erfüllung in eine Klage auf das Interesse ist nach § 268 der C.P.O. stets zulässig.

Dieser Weg ist zugleich der einzige, auf welchem der Erfüllungsanspruch und der Interesseanspruch Gegenstand eines Prozesses werden — genauer nacheinander werden können.

Ein Nebeneinander beider Ansprüche in der Weise, dass der Erfüllungsanspruch und in derselben Klage für den Fall, dass dieser nicht vollstreckt werden könnte, der Interesseanspruch eventuell erhoben würde, ist grundsätzlich ausgeschlossen.*) Ob jetzt unter den besonderen Voraussetzungen des § 259 der C.P.O. der Interesseanspruch als bedingter neben dem Erfüllungsanspruch in derselben Klage freilich dann unbedingt erhoben werden kann (Gaupp-Stein ad § 260 C.P.O. II, b), hängt davon ab, ob man überhaupt den § 259 auf bedingte Ansprüche anwenden will (vergl. Gaupp-Stein ad § 259, I). Ob eine solche Verbindung praktisch ist, ist zu bezweifeln angesichts des Umstands, dass der Umfang des erst nach der Rechtskraft des Urteils existent werdenden Interesseanspruchs schon im Urteil festzustellen ist, und angesichts des Umstands, dass gegen diese bedingte Verurteilung doch noch sämtliche Einwendungen erhoben werden können, soweit sie nur hergeleitet werden aus der Zeit vom Schluss der mündlichen Verhandlung bis zu dem Eintritt der Bedingung, d. i. dem Ablauf der in dem Urteil nach § 255 C.P.O., § 283 B.G.B. bestimmten Frist.

Bisher ist als möglicher Inhalt des Gewährleistungsanspruchs ganz allgemein „Schadensersatz“ oder „Erfüllung“, sowie für das B.G.B. das Verhältnis beider festgestellt worden. Nunmehr ist dieser Inhalt näher zu bestimmen. Hiebei ist, soweit der Gewährleistungsanspruch Erfüllungsanspruch ist, auf den konkreten Fall zu verweisen, soweit er Schadensersatzanspruch ist, wie nach gemeinem Recht ausschliesslich, gelten folgende Regeln:

Der Ersatzanspruch ist auf Naturalleistung nur gerichtet, wenn eine Genusssache geliefert und die Leistung einer rechtsmängelfreien Sache aus dem Genuss noch möglich ist. Nach gemeinem Recht kann jedoch auch in diesem Fall nach Wahl des Käufers das Interesse in Geld gefordert werden (Windscheid II § 391 Anm. 37 a). Nach B.G.B. hat stets Naturalrestitution einzutreten (249). Abgesehen von diesem ist der Ersatzanspruch in allen Fällen auf das Interesse in Geld zu richten.

*) Gaupp, III. Auflage, VI. S. 503. Die Begründung dieser richtigen aber bestrittenen Ansicht ist in der 4. Auflage eine weniger glückliche.

Die römischen Quellen beschäftigen sich in einer grossen Anzahl zum Teil sehr komplizierter Stellen (vergl. l. 64 D. h. t.) mit der Festsetzung des Umfangs dieses Interesses bei Total- und Partialeviktionen. Vorwiegend steht jedoch dabei das Recht der duplae stipulatio in Frage. Der Interesseanspruch geht hier immer auf ein im voraus festgesetztes, in einem Multiplikat des Kaufpreises bestehendes Fixum, dessen Betrag im Fall einer Partialeviktion durch Aufstellung von Proportionen zu finden ist.*) Im Gegensatz hiezu geht die actio emti als Gewährschaftsklage stets unbestimmt auf das Interesse. Das Interesse des Käufers stellt sich dar als das Interesse, dass die Eviktion nicht erfolgt sei (l. 23 C. h. t.) oder, was dasselbe sagt und nur die Voraussetzung dazu ist, dass der Käufer Eigentümer geworden wäre (l. 8 D. h. t.) Das Interesse verkörpert sich in dem, was die Sache dem Käufer zur Zeit der Eviktion wert ist. Der Zeitpunkt der Tradition und der Betrag des Kaufpreises wie bei der stipulatio bildet hier keinerlei Grundlage für die Ausmessung der Regressforderung (l. 70 D. h. t.). Doch ist der Kaufpreis unwillkürlich das Mittel der Schätzung des Interesses; namentlich wenn dasselbe den Kaufpreis übersteigt, wird man in Kaufpreis und überschiessendes Interesse zergliedern.

l. 60 D. h. t.: „simplum (praestabit) evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc, quod interest."

Die Folgerung aber, dass zum mindesten der Kaufpreis zurückbezahlt werden müsse, ist daraus nicht zu ziehen. Das Interesse ist abhängig von den physischen Veränderungen der Kaufsache sowie etwaigen Schwankungen des Preises in der Zeit vom Kaufabschluss bis zur Eviktion. Er begreift fernerhin den Ersatz von Verwendungen, die der Käufer auf die Sache gemacht, sowie die Kosten, die er durch den Eviktionsprozess gehabt hat, aber mit folgenden Einschränkungen: Wegen Verwendungen, derentwegen der Käufer einen Lösungsanspruch gegen den Evinzenten hat, ist er in erster Linie auf diesen angewiesen (l. 45 § 1 D. 19, 1). Dass er, wenn vom Evinzenten nichts zu erlangen ist, weiter an dem Verkäufer Regress nehmen kann, wird durch cit. l. 45

*) Über die massgebenden Grundsätze und die Möglichkeit ihrer heutigen Anwendung s. I. Abschnitt § 3, vergl. Sintenis § 116 Anm. 157, Vangerow § 610 Anm. 1.

nicht geleugnet und durch l. 9 C. h. t. bestätigt. Wegen der Prozesskosten kann der Käufer vom Verkäufer Ersatz nicht verlangen, wenn dieser auf die Litisdenuntiation von der Prozessführung abgeraten hat (vergl. l. 66 pr. D. h. t.), und konsequent wird man sagen müssen, dass er, wenn er o h n e den Rat des Verkäufers d. h. ohne zu denunzieren, prozessiert hat, ebenfalls Kostenersatz nicht verlangen kann. Gegenüber dem durch die Eviktion erlittenen Schaden werden dem Käufer die aus der Sache gezogenen, ihm verbleibenden (vergl. Windscheid § 422 Note 8) Nutzungen in Anrechnung gebracht (l. 16 D. h. t.: „habita fructuum ratione").

Das nach Berücksichtigung der genannten Punkte sich ergebende Gesamtinteresse wird sich so nur zufällig mit dem Kaufpreis decken, meist entweder hinter ihm zurückbleiben oder ihn übersteigen. Daher ist es ganz quaestio facti, ob und inwieweit der Verkäufer durch Rückgabe des Kaufpreises (der die Wiederverschaffung der evinzierten Sache gleichsteht) dem Käufer Genüge leisten kann. Nur in einem Ausnahmefall bildet der Kaufpreis samt Zinsen den unmittelbaren Gegenstand des Anspruchs, nämlich dann, wenn die Sache ehedem zwangsweise (jussu judicis), als Pfand verkauft worden ist (l. 74 § 1 D. h. t.). Die Regressklage geht gegen den Pfandschuldner („qui pretio liberatus est"; irrig Sintenis II S. 630), wird aber doch actio emti genannt.

Dieselben Regeln, wie für Totaleviktionen, gelten für Partialeviktionen. Besondere Regeln, wie bei der Stipulationsklage, sind hier nicht aufzustellen. Die obere Grenze, die die Interesseforderung nicht übersteigen darf, bestimmte sich nach l. un. C. 7,47 auf das Doppelte des Werts des Kaufgegenstands (Windscheid § 258 Note 9).

Nach B.G.B. kommt für die Bemessung des Interesses in Betracht, dass in dem (noch nicht weiter fühlbar gewordenen) Bestehen eines Rechtmangels nur eine teilweise Nichterfüllung liegt, wenn nicht die weiteren, vom Gläubiger zu beweisenden Voraussetzungen der §§ 325 Satz 2, 326 Satz 3 vorliegen. Der Interesseanspruch geht auf die Herstellung derjenigen Vermögenslage, die bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten d. h. wenn das Recht verschafft worden wäre. Auf Grund dieses Prinzips des § 249 und unter Heranziehung der §§ 252 und 254 ist in den einzelnen Fällen ent-

sprechend zu entscheiden wie im gemeinen Recht (z. B. bezüglich des Ersatzes der Kosten des Eviktionsprozesses (s. oben S. 69). Für den Regressanspruch des Käufers wegen auf die Sache gelegter Verwendungen kommen die §§ 997 bis 999 in Betracht. Begiebt sich der Käufer schuldhaft der ihm hier gewährten Rechte, so kann er sich wegen dieses Schadens nicht an den Verkäufer halten. Selbstverständlich ist, dass wenn er von dem in § 999 ihm gewährten Recht Gebrauch macht, sich sein Regressanspruch entsprechend mindert. Eine obere Grenze für die Interesseforderung, entsprechend der l. un. Cod. VII, 47, kennt das B.G.B. nicht mehr. Auch bezüglich des vom Interesseanspruch mit umfassten lucrum cessans ist eine solche der richtigen Ansicht nach in § 252 B.G.B. nicht festgesetzt.*) Ein in der Reichstagskommission gestellter Antrag, beim Kauf abweichend von den allgemeinen Grundsätzen die Interesseforderung auf das alterum tantum zu beschränken, ist abgelehnt worden.

§ 22.

Das Retentions- und Rücktrittsrecht des Käufers.

I. Das Retentionsrecht. Zur Geltendmachung desselben am Kaufpreis ist der Käufer nach gemeinem Recht nicht nur nach erfolgter Eviktion — l. 13 § 9 D (19, 1) —, sondern schon vor Eintritt derselben berechtigt (Bekker S. 323 ff.), also solange noch ein Zustand der Erfüllung besteht. Als Voraussetzung in diesem letzteren Fall muss die Prozessbereitschaft des dritten angeblich Berechtigten aufgestellt werden. Die Quellen speziell geben das Retentionsrecht erst quaestione mota; l. 18 § 1 D (18, 6): „Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis nomine offeruntur.“ — also erst wenn eine Klage anhängig geworden ist. Jene erweiternde Auslegung aber ist unbedenklich und in der Praxis vielfach befolgt (Bekker a. a. O. S. 326 ff., Seuff.

*) a. M. Plank II, ad § 252, der übrigens dadurch, dass er unter „Wahrscheinlichkeit“ in verschiedenen Fällen Verschiedenes versteht, zu einem Resultat kommt, das von der richtigen Ansicht praktisch nicht abweicht. Die Einwendungen Planks gegen die richtige Ansicht (Bd. II., S. 22) beruhen auf einer petitio principii (§ 252 sei auch für die Fälle gegeben, in denen der Umfang des entgangenen Gewinns nicht zweifelhaft ist).

Arch. XIII, 88). Sie harmoniert auch mit der oben S. 54 geäusserten Auffassung.

Nach B.G.B. ist dem Käufer das Retentionsrecht durch die in § 440 Abs. 1 enthaltene Verweisung auf §§ 320, 322 nach den hier ausgesprochenen Grundsätzen als exceptio non adimpleti contractus gegeben, welche jedoch nach § 442 in Ausnahme des Prinzips (vergl. oben S. 61) vom Käufer zu fundieren ist, auch bei verhältnismässiger Geringfügigkeit des Rechtsmangels replicando eliminiert werden kann (§ 320 Abs. 1) und in jedem Fall nicht die Abweisung des Verkäufers, sondern die Verurteilung des Käufers nur zur Leistung Zug um Zug zur Folge hat.

Endlich giebt das B.G.B. dem Käufer neben dem Erfüllungs- bezw. Interesseanspruch und dem Retentionsrecht noch ein Rücktrittsrecht gemäss §§ 325, 326, 283. Nach der gemeinrechtlichen Regelung der Verpflichtung des Verkäufers war ein solches nicht Bedürfnis, im geltenden Recht aber bildet es neben dem Anspruch auf Erfüllung bezw. Schadensersatz eine wertvolle Ergänzung der Befugnisse des Käufers. Denn wenn es mit diesem auch die Voraussetzungen teilt, so unterliegt es doch nicht der Beschränkung durch § 440 Abs. 2, auch ist es in allen Fällen praktisch, in denen sich ein bestimmter, durch den Rechtsmangel schon verursachter Schaden nicht nachweisen lässt, so insbesondere, wenn die Sache untergegangen ist. In Betracht kommt auch hier, dass der Rücktritt wegen teilweiser Nichterfüllung deshalb nur als teilweiser erfolgt. Aber auch hier ist, wenn der Rechtsmangel derart war, dass bei Bestehen desselben die Leistung überhaupt für den Käufer kein Interesse hatte, vollständiger Rücktritt zuzulassen. Speziell im Fall des Untergangs der Sache wird man nicht einreden dürfen, dass aus der rechtlichen Mangelhaftigkeit der Leistung ein mangelndes Interesse an derselben überhaupt dann, wenn sie untergegangen sei nicht mehr gefolgert werden dürfe, weil eben die von dem Rechtsmangel drohenden Nachteile nach Untergang der Leistung nicht mehr in Betracht kommen können. Es wird vielmehr davon auszugehen sein, dass das Rücktrittsrecht vor dem Untergang der Sache seinem ganzen Umfang nach zuständig war und dass, wenn nach Absicht des Gesetzes durch den zufälligen Untergang der Sache (§ 350) an seinem Bestand nichts geändert wird, sich dies bezüglich seines Umfangs ebenso verhält.

Auf das Rücktrittsrecht finden die in § 327 allegierten Be-

stimmungen der §§ 346 ff. Anwendung. Hervorzuheben ist ausser dem eben cit. § 350 und im Gegensatz zu diesem, dass das Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Käufer den Untergang der Sache verschuldet oder dieselbe weiterveräussert hat (§ 351, § 353; nicht in Betracht kommt § 352). Thatsächlich ist das Rücktrittsrecht endlich immer auch dann ausgeschlossen, wenn die aus der Kaufsache gezogenen, vom Käufer nach § 347 zurückzuerstattenden Nutzungen den Betrag des Kaufpreises überschiessen. Mit Rücksicht hierauf kann nach den Bestimmungen des B.G.B. ein Verkäufer, der nur das habere licere gewährt hat, mit der Zeit, wie billig, frei werden.*)

Dem Rücktrittsrecht praktisch gleichstehend, deshalb noch hier anzufügen ist die dem Käufer in § 325 Abs. 1 gewährte Befugnis, sich auf die in § 323 Abs. 1 Halbsatz 2 gegebenen Rechte zu berufen. Das ist nicht ein Recht, Minderung zu verlangen (ungenau Dollinger a. a. O. S. 77), sondern geltendzumachen, dass der Anspruch des Gegners ein geminderter sei. Was sonst der Minderungsvertrag oder die einseitige teilweise Rücktrittserklärung wirkt, das tritt hier ipso jure nach Massgabe der §§ 472, 473 ein.

III. Der Ausschluss der Haftung des Verkäufers.

a) Der Ausschluss kraft Gesetzes.

§ 23.

Kraft Gesetzes ist die Haftung des Verkäufers einmal nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen dann, wenn er in einer von ihm nicht zu vertretenden Weise zur Rechtsverschaffung, die ein Teil der Erfüllung ist, ausser stand ist. Eine im Moment des Vertragsschlusses vorliegende Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung — der Verkäufer hat kein oder kein freies Eigentum — ist subjektive Unmöglichkeit, nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“ (§ 275, 2). Hiefür hat der Verkäufer ohne Rücksicht auf sein Verschulden

*) Ein Käufer z. B., der ein Tier gekauft und während der (regelmässigen) Dauer seines Lebens besessen hat, kann nach dem Tode des Tiers natürlich nicht mehr zurücktreten, wenn sich herausstellt, dass das Tier ein fremdes war.

einzustehen, unbestrittenermassen nach gemeinem Recht und nach B.G.B. Bestritten für das B.G.B. ist nur, ob diese Haftung aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schuldverhältnisse folge oder aber aus den besonderen, für das Schuldverhältnis des Kaufs geltenden Grundsätzen abgeleitet werden müsse, da prinzipiell auch für die anfängliche subjektive Unmöglichkeit nur im Fall des Verschuldens gehaftet werde.

Der richtigen Ansicht nach ist die Haftung des Verkäufers für anfängliches Unvermögen zur Rechtsverschaffung Ausfluss eines vom B.G.B. aufgestellten allgemeinen Prinzips, das wie für den Kauf so auch für die andern Verträge Verkehrsbedürfnis ist. Diese richtige Ansicht ist auch die herrschende. Einen wenig glücklichen Vertreter hat die entgegengesetzte Meinung neuerdings in Titze (a. a. O. S. 248 ff.) gefunden. Ohne dass auf die umfassende Arbeit hier näher eingegangen werden könnte, ist zu dessen Ausführungen, insbesondere a. a. O. S. 250 zu bemerken: Man kann über den Wert der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit streiten. Gewiss ist, dass ihr Wert übertrieben worden ist. Übernommen ist dieselbe aus dem römischen Recht. Entsprungen ist sie einer logischen Erwägung: Die Leistung ist für den Gläubiger der Zweck, welchen er durch das Mittel des Vertragsschlusses verfolgt und zwar die Leistung schlechthin, nicht ihre Bewirkung gerade durch den Schuldner (vergl. B.G.B. § 267). Letztere ist für die Regel — auf welche es ankommt — gleichgültig. Ist die Leistung nun objektiv unmöglich, so fällt der Zweck des Vertrags, der Vertrag ist zwecklos, nichtig. Kann die Leistung dagegen aber eben nur durch einen andern als den Schuldner bewirkt werden, so ist der Zweck des Vertrags ein möglicher, der Vertrag deshalb gültig, nur ist der Gläubiger zur Erreichung seines Zweckes an einen falschen Schuldner gekommen, was eben dieser, der dem Gläubiger im Verkehr entgegengetreten ist, zu vertreten hat. So haben die römischen Juristen gedacht, als sie zwischen dem impedimentum naturale und der facultas dandi unterschieden (l. 137 § 4 D. 45, 1), und diese Konstruktion ist ganz korrekt. Danach ist schief, was Titze a. a. O. S. 70 u. und S. 71 ob. ausführt und ist es unrichtig, wenn Dollinger a. a. O. S. 70 den Vertrag über die subjektiv unmögliche Leistung als „um nichts sinnvoller“ als den über die objektive unmögliche Leistung bezeichnet und daselbst Anm. 3 den Grund

vermisst, warum nur der letztere nichtig sein solle. Zuzugeben ist, dass man auf Grund dieser Unterscheidung in gleichartigen Fällen bei deren rechtlicher Beurteilung zu ungleichartigen Resultaten kommen kann. Aber das B.G.B. hat einmal diese Unterscheidung und ganz unzulässig ist es nun, aus jener Inkongruenz Schlüsse gegen eine vom Gesetzgeber offenbar gewollte Behandlung dieses oder jenes Falls der Unmöglichkeit zu ziehen, wie dies Titze a. a. O. S. 251 bezüglich der subjektiven Unmöglichkeit thut, wenn er ausführt: (Den Schuldner wegen anfänglicher unverschuldeter subjektiver Unmöglichkeit der Leistung z. B. einer gestohlenen Sache zum Schadensersatz zu verpflichten) „ist um so widersinniger, als ja der Schuldner, wenn der Dieb die Sache bei der Wegnahme fallengelassen und zerbrochen hätte, von jeder Verbindlichkeit frei sein würde. Denn dann wäre der später über die Sache abgeschlossene Vertrag wegen Nichtexistenz der letzteren nichtig. Ist es aber vernünftig, die Haftung des Schuldners von der Sorgfalt abhängig zu machen, mit welcher der Dieb die gestohlene Sache behandelt?“ und hieraus den Schluss zieht, „die herrschende Ansicht kann unmöglich richtig sein“. Aus dem gewählten Beispiel folgt nur etwas gegen die Praktikabilität der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, nichts gegen die unbedingte Haftung des Schuldners für letztere. Wollte man aber die bestehende Inkongruenz beseitigen, so könnte dies dem Bedürfnis des Verkehrs entsprechend nur in der Weise geschehen, dass auch für die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Schuldner unbedingt zu haften hätte, wie dies z. B. beim Verkauf einer nichtexistierenden Forderung der Fall war und ist. Soweit gegen die unbedingte Haftung des Schuldners für die anfängliche subjektive Unmöglichkeit Bedenken geltendgemacht werden können, sind es Billigkeitsrücksichten gegen den Schuldner. Diese aber sind beim Kauf und beim Werkvertrag nicht weniger vorhanden. Unbestrittenermassen hat sich hier das Gesetz im Verkehrsinteresse (vergl. cit. l. 137 § 5: „ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit“) über diese Bedenken hinweggesetzt. Wo ist der Grund, bei den andern Verträgen ein anderes anzunehmen?

Auch der versuchte direkte Nachweis für die Richtigkeit seiner Auffassung ist Titze nicht gelungen. Ausführungen wie

sie a. a. O. S. 250 gegeben werden*) beweisen nichts. Da der Vertrag über die subjektiv unmögliche Leistung gültig ist, auch § 275 das anfängliche Unvermögen des Schuldners als Befreiungsgrund nicht nennt, so folgt daraus, dass der Schuldner aus dem Vertrag verklagt werden, auch zur Erfüllung bezw. Interessenleistung verurteilt und durch Zwangsvollstreckung gezwungen werden kann. Aus dem Umstand, dass das Gesetz von einem Einfluss des anfänglichen unverschuldeten Unvermögens des Schuldners zur Leistung nichts erwähnt, ist der nächstliegende Schluss nicht auf eine Lücke im Gesetz, sondern auf ein Nichtvorhandensein dieses Einflusses, zumal wenn der Gesetzgeber an diesen Fall unzweifelhaft gedacht hat.

Speziell unrichtig ist nun aber weiter, was derselbe Schriftsteller (a. a. O. S. 252 Anm. 8 gegen das Ende) bezüglich der Haftung auch gerade des Verkäufers ausführt, nämlich, dass der Verkäufer sein Unvermögen zur Rechtsverschaffung dann nicht zu vertreten habe, wenn sich dasselbe mit anfänglichem Unvermögen zur Leistung der Sache überhaupt kombiniere, ohne dass dieses durch jenes veranlasst wäre, z. B. die verkaufte fremde Sache ist dem Verkäufer gestohlen worden und wäre ihm auch gestohlen worden, wenn sie ihm gehört hätte; denn „dann fehlt es an jedem Kausalzusammenhang zwischen dem von dem Schuldner an sich zu vertretenden Rechtsmangel und dann kann selbstverständlich (?) von einer Ersatzpflicht des Schuldners nicht die Rede sein“. Das Ergebnis wäre, dass der Käufer gegen den Verkäufer, der ihm den Herausgabeanspruch gegen den Dieb abzutreten nicht in der Lage war, einen Ersatzanspruch

*) „Der ganze Zusammenhang, in welchem dieser Paragraph (§ 275) im B.G.B. erscheint und der Platz, den er im Gesetzbuch gefunden hat, lassen es als undenkbar erscheinen, dass sein Absatz 2 eine Bestimmung über die von Anfang an vorhandene subjektive Unmöglichkeit der Leistung enthalte. Überhaupt ist dem B.G.B. gegenüber von dem zweischneidigen Schwert des argumentum e contrario mit Vorsicht Gebrauch zu machen, und bei seiner Anwendung weniger auf die Fassung des einzelnen Paragraphen, als auf seine Stellung im System des Ganzen Rücksicht zu nehmen. Und selbst wenn der § 275 in seinem Wortlaut noch ungeschickter gefasst wäre, als er thatsächlich gefasst ist, so hiesse es doch gegen die Regeln der ars interpretandi verstossen, wollte man eine Ungeschicklichkeit des Gesetzgebers dazu benutzen, um dem Gesetzbuch einen praktisch unbrauchbaren Rechtssatz zu imputieren!“

nicht hätte! Davon kann natürlich nicht die Rede sein (l. 35 § 4 D. 18, 1, B.G.B. § 281).

Die Haftung des Verkäufers wegen anfänglichem, schon beim Kaufschluss existentem Unvermögen zur Rechtsverschaffung ist nach den gesetzlichen Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn entweder

1. die Leistung auch in thatsächlicher Hinsicht von Anfang an absolut unmöglich ist (abgesehen davon, dass das Leistungsobjekt dem Verkäufer nicht gehört, ist es auch untergegangen), weil es hier für die Haftung an der Grundlage eines gültigen Vertrags fehlt (§ 306) oder

2. die Leistung nachträglich auch in thatsächlicher Hinsicht absolut und in vom Schuldner nicht zu vertretender Weise unmöglich wird, weil dann auch das anfängliche Unvermögen des Schuldners zur Rechtsverschaffung sich in eine objektive Unmöglichkeit verwandelt. Eine Konsequenz hieraus ist es, dass, wenn die Sache vor der Erfüllung durch Zufall untergegangen ist und der Verkäufer zur Zeit des Vertragsschlusses zwar zur Rechtsverschaffung ausser stande war, der Käufer aber (sei's durch Parteidisposition, sei's gemäss § 446) die Gefahr schon vor dem Moment der Erfüllung zu tragen hatte, letzterer aus jenem Unvermögen des Verkäufers Rechte für sich nicht ableiten, insbesondere nicht vom Vertrag zurücktreten kann, sondern den Kaufpreis zu erlegen hat.*)

---

*) Es ist: 1. darauf hinzuweisen, dass der Verkäufer nicht schlechthin haftbar wird, wenn er im Moment des Vertragsschlusses zur Rechtsverschaffung nicht in der Lage, diese Voraussetzung der Erfüllung, also nicht schon im Moment der Entstehung der Verpflichtung vorhanden ist, vielmehr nur dafür haftbar ist, dass dies der Fall sei dann, wenn die Erfüllung zu geschehen hat, also regelmässig im Moment der Sachübergabe, da diese unter den Parteien meist vorgenommen und vom Gläubiger nur angenommen wird (§ 266) unter der Voraussetzung, dass sie die Rechtsverschaffung impliciere. Häufig ist ja auch — dem Verkäufer allerdings oft unbewusst — der gutgläubige Erwerb des Käufers erst das Mittel, wodurch er (der Verkäufer) seiner vertragsmässigen Verpflichtung zur Rechtsverschaffung genügt und das Gesetz hat diesen Punkt in Berechnung gezogen, als es dem Verkäufer die strenge Haftung auflegte; 2. darauf hinzuweisen, dass auf Grund des ad 1 Ausgeführten, der zu dieser Anmerkung oben aufgestellte Satz nicht, wie es scheint, im Widerspruch mit dem in § 440 Abs. 2 enthaltenen Satz steht, dass der Verkäufer, wenn die dem

Tritt das Unvermögen des Verkäufers zur Rechtsverschaffung erst nach dem Vertragsschlusse, zwischen diesem und der Erfüllung ein, so ist dies nach § 275 Abs. 2 einer nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit gleichzuachten und es kommt dann nach § 323 darauf an, ob der Verkäufer den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zu vertreten hat. Ist dies zu verneinen, so wird er unter Verlust allerdings des Rechts auf die Gegenleistung nach § 275 von der Verpflichtung zur Leistung frei.*)

Die Fälle, in denen ein solch nachträglich hervortretender, vom Verkäufer nicht zu vertretender Rechtsmangel vorliegt, sind nicht häufig. Es gehört hieher namentlich der Fall, dass von der Staatspolizeigewalt im öffentlichen Interesse bezüglich der Kaufsache eine die Rechtmässigkeit ihres Zustandes berührende Vorschrift erlassen wird, z. B. nach Verkauf, aber vor Übergabe eines Hauses wird angeordnet, dass das Strohdach desselben entfernt werden müsse. Es kann fraglich sein, inwieweit diesfalls § 436 anwendbar oder analog anwendbar ist**), jedenfalls wird der Verkäufer durch solch nachträgliches unverschuldetes Unvermögen, eine rechtsmangelfreie Sache zu übergeben, liberiert.

Nicht zu verwechseln mit dem vorerwähnten, ist der Fall, dass von der Staatspolizeigewalt die Beseitigung eines zur Zeit des Kaufes schon bestehenden widerrechtlichen Zustandes der Kaufsache nunmehr nach Abschluss des Kaufes verlangt wird, z. B. eine Erhöhung des bauordnungswidrigen Kamins der verkauften Fabrik (einen andern Fall vergl. Bekker S. 280). In diesen Fällen ist, weil es sich um einen Anspruch

---

Käufer übergebene mit einem Rechtsmangel behaftete Sache durch Zufall untergegangen ist, zum Schadensersatz verpflichtet bezw. der Käufer zum Rücktritt berechtigt ist. Denn hier wird der Verkäufer gewährleistungspflichtig, weil er das Recht nicht verschafft hat, obwohl in dem Moment, wo es zu verschaffen war, es zu verschaffen auch objektiv möglich war.

*) a. M. Schollmeyer S. 70 ohne Begründung aus dem Gesetz und nach ihm Petri S. 53. Die dort vorgetragene Gestaltung, nämlich, dass der Verkäufer auch für die in der Zeit vom Vertragsschluss bis zur Erfüllung eintretenden Rechtsmängel einzustehen habe, auch wenn ihn ein Verschulden nicht treffe, ist in der Kommission Gegenstand der Erwägung gewesen, aber ins Gesetz nicht übergegangen (s. P. II S. 1333—1350).

**) Der Grund der Vorschrift des § 436 (Erkundungspflicht des Käufers, Notorietät) trifft der Lage der Sache nach nicht zu.

handelt, der schon zur Zeit des Verkaufes gegen den Eigentümer der Sache geltendgemacht werden konnte, der Verkäufer haftbar.*)

Nicht hieher gehören die Fälle, dass ein Vertreter des Verkäufers nach dem Verkauf ein Recht an der Kaufsache begründet hat oder einen Anspruch, der von einem Dritten bezüglich der Kaufsache gegen den Käufer geltendgemacht werden kann. Personen, welche befugt sind, derart mit der Kaufsache zu schalten, sind im Verhältnis zum Verkäufer stets als Personen anzusehen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient (Plank ad § 278 Bd. II S. 51). Es hat aber nach § 278 der Verkäufer deren Verschulden zu vertreten, genauer — nach berichtigender Auslegung der schiefen Fassung des citierten Paragraphen — jede Handlung dieser Personen zu vertreten, welche, wenn von ihm selbst vorgenommen, sich als Verschulden gegenüber dem Gegner darstellen würde.

Nicht hieher gehören auch die Fälle, dass die verkaufte Sache beim Verkäufer gepfändet wird. Hiefür hat der Verkäufer immer**) einzustehen (a. M. Petri S. 31).

Fürs gemeine Recht war die vorbesprochene Frage einfach zu entscheiden. Der Verkäufer haftete unbedingt dafür, dass zur Zeit des Kaufabschlusses keine Rechte an der Sache bestehen — später, in der Zeit bis zur Übergabe der Kaufsache ohne seine Schuld entstehende Rechte berühren ihn schon deswegen nicht, da perfecta emtione die Gefahr auf den Käufer übergeht:

---

*) Es dürfte hier die Befreiung des Verkäufers aus § 436 oder aus dem Gesichtspunkt, dass es sich um eine im öffentlichen Interesse bestehende virtuelle Beschränkung des Eigentums handle, nicht zu folgern sein. Im letzteren Punkt macht es einen Unterschied, ob ein Eigentum übertragen ist, das durch genannte Beschränkungen behindert ist, sich in dieser oder jener Richtung auszudehnen (was Verkäufer nicht zu vertreten hat), oder ob ein Eigentum übertragen ist, das sich schon widerrechtlich über diese Schranken ausgedehnt hat. Dass jene Schranken vorhanden sind, hat der Käufer hinzunehmen, nicht aber eine Beschwerung, die aus ihrer Nichtachtung durch den Verkäufer folgt.

**) Auch wenn die Schuld, wegen der Pfändung erfolgte, zu Unrecht festgestellt ist. Denn die Frage ist nicht die: Hat der Schuldner den Umstand, aus dem er etwas schuldig geworden ist, zu vertreten? sondern die: Hat der Schuldner den Umstand zu vertreten, dass er keine Barmittel hat zur Bezahlung dessen, was er schuldig geworden ist. Und letztere ist generell zu bejahen. B.G.B. § 279. (a. M. Dollinger, S. 52 Anm. 3.)

l. 1 C. 4, 48: Post perfectam emtionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contigit ad emtorem pertinet. Auctor emin ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant . . .

§ 24.

Kraft Gesetzes ist die Gewährpflicht des Verkäufers weiter durch spezielle Vorschrift ausgeschlossen, wenn der Käufer den Rechtsmangel beim Abschluss des Vertrages kennt:

l. 27 Cod. h. t;
B.G.B. § 439 Abs. 1.

Die Übernahme der Belastung durch den Käufer wird bei dessen Kenntnis von der Belastung präsumiert. Diese Kenntnis wiederum wird fingiert und die Haftung des Verkäufers aus diesem Grund ausgeschlossen bei öffentlichen, auf dem Grundstück ruhenden Lasten und Abgaben. Hievon war schon oben S. 34 ff. zu handeln. Die Vorschriften sind dispositiver Natur. Es kann auch beim wissentlichen Kauf einer fremden Sache dem Verkäufer vertragsmässig die Garantiepflicht auferlegt werden, soweit darin nicht ein unsittliches Geschäft zu sehen ist. Eine gesetzliche Ausnahme von dem Satz, dass Kenntnis des Rechtsmangels den Verkäufer befreit macht, das B.G.B. § 439, 2 wiederum für gewisse Rechtsmängel: Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld bei unbeweglichen, Pfandrecht bei beweglichen Sachen. Die Kenntnis des Bestehens dieser Rechte soll dem Käufer nicht schädlich sein. Hier muss vielmehr, soll der Verkäufer frei werden, die Haftung ausdrücklich ausgeschlossen werden. Durch die Verbindung des Satzes, dass guter Glaube Eigentum verschafft (S. 49) mit dem andern, dass Kenntnis des Rechtsmangels die Gewährspflicht vielfach ausschliesst, schrumpfen die Fälle, in denen der Käufer in Anspruch genommen werden kann, weiter bedeutend zusammen. Nur ist zu beachten, dass die den guten Glauben ausschliessende grobfahrlässige Unkenntnis des Rechtsmangels eben noch nicht eine den Gewährsanspruch ausschliessende Kenntnis des Rechtsmangels ist, dass also Fälle denkbar sind, in denen dem Erwerber der Schutz guten Glaubens (wegen grober Fahrlässigkeit) nichts fruchtet, er aber doch wegen faktischer Unkenntnis des Rechtsmangels einen Gewährsanspruch hat (vergl. dag. § 460).

Gesetzlich ausgeschlossen ist endlich die Haftung des Verkäufers für vortretende Rechtsmängel in dem besonderen Fall des Pfandverkaufs (vergl. fürs gem. Recht einstweilen: Cod. 8, 46, l. 11 § 16 D. 19, 1, l. 12 § 1 D. (20, 5), l. 38 D. h. t. — l. 74 § 1 D. h. t. gehört nicht hieher — fürs geltende Recht C.P.O. § 806, B.G.B. § 1248).

Zunächst bleibt auszuführen, dass für das B.G.B. schon die Möglichkeit des Hervortretens von Rechtsmängeln an der verkauften Pfandsache äusserst beschränkt ist. In Betracht kommt einmal die schon berührte Vorschrift des § 1242. Hienach erlangt bei rechtmässiger Veräusserung eines wirklichen Pfandes (vergl. oben S. 49 Anm. *) der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte. Pfandrechte an der Sache erlöschen. Ebenso, aber mit Beschränkung auf nachstehende Pfandrechte, bestimmt das gemeine Recht für den Pfandverkauf überhaupt.*)

Nur wegen eines allen Pfandrechten im Rang vorgehenden Niessbrauches an der Pfandsache ist im Fall des § 1242 ein Regress gegen den Verkäufer denkbar. Auch dieser Niessbrauch erlischt übrigens durch gutgläubigen Erwerb. Durch gutgläubigen Erwerb (gemäss § 932—934, 936) erlöschen aber auch, wenn ein Putativpfand verkauft ist, die Vorschrift des § 1242 also nicht Platz greift (cf. S. 49 Anm. *), die an demselben bestehenden Rechte, bezw. das fremde Eigentum, sofern die Veräusserung eine „rechtmässige“ überhaupt ist (§ 1243) oder doch der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Regeln erfolgt ist oder die Vorschrift des § 1235 oder die des § 1240 Abs. 2 beobachtet worden ist. Und zwar werden auch gestohlene und verlorene Sachen, die als Pfand verkauft werden, auf Grund der §§ 932—934, 936 gutgläu-

*) Das gemeine Recht hat ausdrückliche Vorschriften darüber, wie der Pfandverkauf erfolgen müsse, nicht gegeben. Es begnügt sich den Verkäufer nach den Regeln des contractus pigneraticius haften zu lassen, wenn er das Interesse des Eigentümers schuldhaft nicht wahrt. Weitere Folgen als eben diese eventuelle Ersatzpflicht werden an die Art der Vornahme des Pfandverkaufs nicht geknüpft. Übrigens sind auch die Vorschriften des § 1243 im Rahmen des § 1245 dispositiv. Eine abweichend vereinbarte Art des Pfandverkaufs ist ebenfalls eine rechtmässige Pfandveräusserung (beachte aber § 1245 Abs. 1 Satz 2!).

big erworben. Die Ausnahme des § 935, der in § 1244 genannt ist, besteht für die Pfandveräusserung nicht.

Hienach ergiebt sich die Möglichkeit des Übergangs eines Rechtsmangels auf den Pfandkäufer für den Fall, dass nach § 1233 Abs. 2, § 1235 oder § 1240 Abs. 2 veräussert ist, ausschliesslich dann, wenn der Käufer in schlechtem Glauben ist; in etwas weiterem Umfang besteht diese Möglichkeit für den Fall, dass durch Vereinbarung ein von § 1233 Abs. 2, § 1235 oder § 1240 Abs. 2 abweichender Verkaufsmodus gewählt ist. Für beide Fälle wird jedoch, auch soweit sie die Möglichkeit eines Regresses gegen den Pfandverkäufer an sich zulassen, dieser Regress dem Käufer durch spezielle Vorschrift genommen, wie dies in beschränkterem Masse schon nach gemeinem Recht, wo jene Möglichkeit in weiterem Umfang bestand, der Fall war.*)

Die betreffenden Vorschriften sind einmal C.P.O. § 806. Nach dieser Vorschrift steht dem Erwerber wegen eines Mangels im Recht oder wegen eines Mangels der veräusserten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu. Die Anwendung dieser Vorschrift ist auf den Verkauf einer gepfändeten Sache und auf einen nach den gleichen Regeln wie dieser erfolgenden Pfandverkauf (§ 1233 Abs. 2) zu beschränken. Für den Fall aber, dass der Verkauf des Pfandes in anderer Weise erfolgt, ist eine dem § 806 der C.P.O. entsprechende Bestimmung im Titel Kauf nur bezüglich der Haftung des Verkäufers für Sachmängel gegeben: B.G.B. § 469. Bezüglich der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel ist eine solche ausschliessende Bestimmung hoc titulo zu vermissen. Dagegen ist eine zum gleichen Erfolg

*) Die Haftung des Pfandverkäufers gestaltet sich im gemeinen Recht nach den oben cit. Stellen folgendermassen: Er haftet nur für ihm bekannte Rechtsmängel (l. 11 § 16 D. 19, 1 . . . „sciens (rem) sibi non obligatam vel non ejus esse, qui sibi obligavit“ . . .), schlechthin für bessere an der Pfandsache bestehende Pfandrechte (l. 2 Cod. 8, 46 . . Nec utique praestare debet, qui pignoris jure vendidit, potiorem se esse ceteris creditoribus . .). Im übrigen haftet er, wenn er sich als Pfandverkäufer ausgegeben hat, nur dafür, dass er sich für die Wahrheit seiner Behauptung auf einen Bestellungsakt (seis auch einen wirkungslosen) berufen kann.

führende*) ausdrückliche Vorschrift allerdings im Pfandrecht B.G.B. III, 9 Tit. 1 enthalten, der Ausschluss der Haftung des Verkäufers muss also nicht, wie Dollinger S. 48 meint, durch die Annahme einer Bevollmächtigung des Pfandverkäufers durch den Verpfänder gewonnen werden. Diese Anschauung wird von den Motiven mit Nachdruck abgewiesen (M. III S. 822), und mit Recht. Aber freilich ist die Konsequenz, die die Motive daraus ziehen: Haftung des Pfandgläubigers für Rechtsmängel — für uns nicht mehr zu ziehen. Denn die Vorschrift des E. I § 1195:

„Im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder wird zu Gunsten des Verpfänders vermutet, dass der letztere Eigentümer des Pfandes sei.

Im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder solange als Eigentümer des Pfandes, als dem Pfandgläubiger nicht bekannt gewesen, auch infolge von grober Fahrlässigkeit nicht unbekannt geblieben ist, dass dem Verpfänder das Eigentum nicht zusteht“ —

diese Vorschrift, welche einen Schutz des Pfandgläubigers gegen Regressansprüche des Pfandabkäufers nicht enthält, lautet jetzt wesentlich anders:

B.G.B. § 1248: „Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als Eigentümer, es sei denn, dass der Pfandgläubiger weiss, dass der Verpfänder nicht Eigentümer ist.“

Daraus folgt: Hat der Pfandgläubiger eine fremde Sache, an welcher er ein Pfandrecht nicht erworben hat, veräussert oder hat er eine fremde Sache, an der ihm ein Pfandrecht zustand, nicht rechtmässig veräussert, ist zugleich beidemale eine Voraussetzung gutgläubigen Erwerbs nicht gegeben und kann deshalb die Pfandsache dem Käufer wieder abverlangt werden, so soll doch ein Regress desselben gegen den Pfandgläubiger nicht stattfinden, da zu dessen Gunsten die gesetzliche Fiktion gilt,**) er habe eine eigene Sache des

*) Die Ausnahmen s. im Zusammenhang.

**) Eine Fiktion gilt nur soweit sie aufgestellt ist. Hier also nur zu Gunsten des Pfandgläubigers. Im übrigen treten die gesetzlichen Folgen ein. Deshalb ist es ganz falsch, wenn Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 1248 die Konsequenz aus § 1248 zieht: „Der Verkauf seitens des gutgläubigen Pfandgläubigers

Verpfänders verkauft. Diese Fiktion gilt aber allerdings nur, wenn der Pfandgläubiger nicht weiss, dass der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Und diese Fiktion fingiert nur das Eigentum des Verpfänders, nicht auch, dass es durch vorgehende Pfandrechte nicht belastet sei. Also haftet der Pfandgläubiger, soweit solche gegen den Käufer erfolgreich geltendgemacht werden konnten. Es ist endlich klar, dass die Fiktion nur gilt, wenn eine Verpfändung wirklich stattgefunden hat. Danach befindet sich das geltende Recht in wesentlicher Übereinstimmung mit dem früheren, vergl. S. 81 Anm. * Eine weitergehende Beschränkung der Haftung des Pfandverkäufers ist gegeben nur durch die Sätze über den gutgläubigen Erwerb (§ 1244) und die Vorschrift des § 1242 Abs. 2.

§ 25.

b) Der Ausschluss der Haftung durch Beredung.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung für Rechtsmängel ist ein naturale negotii, tritt deshalb ipso jure für den Verkäufer ein, kann aber auch durch ausdrückliche Verabredung der Parteien ausgeschlossen werden (l. 21 C. h. t., B.G.B. § 443, vergl. aber l. 80 § 3 D. 18, 1). Die berühmte gemeinrechtliche, an das pactum de non praestanda evictione sich knüpfende Streitfrage, deren Berechtigung sich angesichts des Wortlauts der l. 11 § 18 D. 19, 1 und der Natur der Sache nach nicht recht begreifen lässt*): ob

hat für den Erwerber dieselben Folgen wie im Fall des Eigentums des Verpfänders (§ 1242).“ Dieser Satz würde auch im Widerspruch mit § 1244 stehen.

*) Namentlich können auch nicht historische Gesichtspunkte (G. Scharff, Der Gewährerlass) zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung angeführt werden. Es ist im ersten Abschnitt ausgeführt worden, dass und auf welchem Weg die obligatio ad praestandum zu einem naturale negotii wurde (ob. S. 5). Wird die Prästationspflicht ausgeschlossen, so war mit der Tradition die allein noch übrig gewesene obligatio ad tradendum und damit der Vertrag definitiv erfüllt. Dafür dass er tradiert und das habere licere für jetzt eingeräumt hat, erhält der Verkäufer den Kaufpreis, fügen wir hinzu den entsprechend niederer bemessenen Kaufpreis. Warum dieser im Fall der Eviktion im Zweifel wieder zurückgegeben werden soll, leuchtet nicht ein. Dasselbe folgt aus einer korrekten Exegese der cit. l. 11 § 18 D. 19, 1. Im ersten Satz stellt Ulpian als Folge des Gewährerlasses für den Verkäufer auf „ex emto non tenebitur“. Folgt der Bericht, dass Julian abweichender Meinung, besser der Meinung sei, dass auch eine abweichende Meinung verteidigt werden könne (defendi posse nicht pro-

durch solche Beredung der Käufer im Zweifel mit jedem Anspruch, auch auf Rückgabe des Kaufpreises ausgeschlossen sein solle, was der richtigen und herrschenden Ansicht nach bejaht wird (Windscheid II § 391 Anm. 38, Vangerow 7. Aufl. § 610 S. 324, Arndts § 303 Note 6; a. M. Puchta, Vorles. ad § 362; G. Scharff, die Lehre vom Gewährerlass nach röm. Recht, Greifswald 1888), ist fürs B.G.B. gegenstandslos. Die Auslegung des Vertrags entscheidet im Einzelfall. Doch dürfte auch fürs B.G.B. aus der einfachen, ohne weitere Zusätze getroffenen Vereinbarung, dass die Gewährspflicht des Verkäufers für Rechtsmängel ausgeschlossen sein soll, der Verlust des Anspruchs des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises folgen, weil eben der Verzicht auf die aus der Gewährspflicht des Verkäufers folgenden Rechte auch den Verzicht auf das Recht zum Rücktritt enthält (§ 440 Abs. 1).

Hat der Verkäufer aber bei Abschluss des Gewährerlassvertrags einen existenten Mangel im Recht arglistig verschwiegen, so ist der Käufer an die Beredung nicht gebunden, übereinstimmend nach gemeinem und geltendem Recht:

l. 6 § 9 D. 19, 1

B.G.B. § 443.

Wer sich auf die Arglist beruft, hat dieselbe zu beweisen.

---

bandum esse), folgen die Gründe, aus denen sie verteidigt werden könne. Der bonae fidei contract leide ein den Verzicht auf den Kaufpreis enthaltendes p. d. n. pr. e. nicht, man müsste denn gerade immer einen Hoffnungskauf annehmen wollen. Nun ergreift dazu Ulpian das Wort: „Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum.“ Wer falsch interpretiert, liest: Aber hiegegen (die Analogie vom Hoffnungskauf) wird man sich doch bei den oben erwähnten Abmachungen aussprechen müssen. Richtig: Aber man wird sich doch (wenn man sich allerdings auch auf die Analogie vom Hoffnungskauf nicht gerade stützen kann) bei den oben erwähnten Beredungen für das Gegenteil (des von Julian Vorgetragenen) aussprechen müssen; „nisi forte sciens vendidit, tunc enim secundum supra ac nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, qui dolo fecit“. Mit einigem Sprachgefühl lässt sich aus diesen Schlussworten der Stelle, aus der offenbaren Opposition, in der die Worte contra erit dicendum, und secundum dicendum est stehen, mit Sicherheit schliessen, dass in dem Vorhergehenden von einer mit Ulpian übereinstimmenden Meinung Julians nicht die Rede sein kann. Dass aber Julian die Analogie vom Hoffnungskauf eben nicht für zutreffend erachtete, geht aus dem „nisi forte“ deutlich hervor.